



Quinta Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.936.393-RJ (2021/0232070-2)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Carlos Alberto Serra Alberto

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Penal e Processual Penal. Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Condenação baseada exclusivamente nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Desatendimento aos critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos. Destaque à visão minoritária do Ministro Relator quanto à impossibilidade de a condenação se fundamentar exclusivamente na palavra do policial. Unanimidade, de todo modo, quanto à necessidade de absolvição do réu. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de restaurar a sentença absolutória.

1. Os depoimentos judiciais dos agentes policiais que efetuaram a prisão do réu em flagrante apresentam inconsistências, detectadas pela sentença absolutória, que não foram adequadamente ponderadas no acórdão recorrido.

2. O testemunho prestado em juízo pelo policial deve ser valorado, assim como acontece com a prova testemunhal em geral, conforme critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos, não atendidos na hipótese. Inteligência dos arts. 155 e 202 do CPP.

3. Ressalta-se a visão minoritária do Ministro Relator, acompanhada pelo Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, segundo a qual a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.

4. Embora não tenha prevalecido no julgamento essa compreensão restritiva do Ministro Relator sobre a necessidade de corroboração audiovisual do testemunho policial, foi unânime a votação pela absolvição do réu, por insuficiência de provas, na forma do art. 386, V e VII, do CPP.

5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de restaurar a sentença absolutória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik (voto-vista), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 8.11.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial com agravo interposto por *Carlos Alberto Serra Alberto*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, em oposição a acórdão proferido pelo TJ/RJ, assim ementado (e-STJ, fls. 185-199):

Apelação. Artigos 33 e 35, c/c 40, VI, todos da Lei 11.343/06. Absolvição, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. *Recurso do Ministério Público* Condenação nos termos da denúncia.

1. Induvidosas a materialidade e a autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, demonstradas pelas provas técnicas acostadas aos autos, bem como pela segura prova oral produzida. Os relatos dos policiais militares responsáveis pelo flagrante, foram uníssonos no sentido de que estavam em operação, em local dominado pela facção criminosa Comando Vermelho, quando prenderam o acusado, que apontou aonde estavam as drogas. As condições da prisão, assim

como a diversidade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, 260 pinos de pó branco, com as inscrições “Favelinha da Linha R\$ 5, 15 e 30”, contendo 100g de *Cannabis Sativa l*, deixaram evidente sua destinação de mercancia, estando as drogas embaladas, prontas para a venda. O fato de as drogas não estarem nas mãos do réu, não enseja o descrédito dos policiais e consequente absolvição, até porque foi o próprio réu quem apontou o local em que elas estavam. Os depoimentos dos policiais não podem ser desconsiderados para fins de embasar a condenação, quando não se aponta qualquer irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los, em conformidade com a Súmula n. 70, do TJRJ. Desta forma, a condenação do acusado pelo crime do artigo 33, *caput*, da Lei Antidrogas é medida que se impõe.

2. Para a configuração do crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, é necessário que se demonstre, de forma cabal, que há associação do acusado com outros agentes com o escopo de traficar drogas, em caráter estável e permanente. Não restou comprovado que o recorrente estava associado a outros indivíduos para o tráfico de drogas. É possível que estivesse, mas não houve certeza dessa associação.

Recurso parcialmente provido.

Na origem, o MP/RJ denunciou o agravante pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, majorados na forma do art. 40, VI, da mesma Lei. Narra a denúncia que o réu se associou à facção criminosa “Comando Vermelho” com a finalidade de praticar o tráfico de drogas, sendo que o acusado foi preso em flagrante por policiais militares, no dia 15/4/2019, enquanto portava 615g de cocaína e 100g de maconha.

Segundo o relato da exordial, a abordagem policial ocorreu em patrulhamento ostensivo de rotina e, uma vez questionados, o réu e um adolescente que o acompanhava teriam indicado aos agentes onde guardavam as drogas, prontamente localizadas pelos militares (e-STJ, fls. 2-4).

A sentença (e-STJ, fls. 94-112) absolveu o réu, amparada no art. 386, VII, do CPP, por considerar que os depoimentos dos policiais não seriam suficientes para demonstrar a culpabilidade do acusado, cuja defesa suscitou a tese de flagrante forjado.

Interposta apelação pelo *Parquet* (e-STJ, fls. 125-133), o Tribunal local deu-lhe parcial provimento, a fim de condenar *Carlos Alberto* pelo delito de tráfico de drogas a penas de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 720 dias-multa, no acórdão (e-STJ, fls. 185-199) cuja ementa transcrevi acima.

É contra esse aresto que o réu interpõe seu recurso especial.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 221-241), a defesa aponta violação dos arts. 33 da Lei 11.343/2006 e 386, VII, do CPP. Aduz para tanto, em síntese, que os testemunhos dos policiais não teriam demonstrado adequadamente as elementares típicas do tráfico de drogas, mormente porque nenhuma substância entorpecente foi encontrada com o acusado. Em sua ótica, os relatos dos agentes não seriam suficientes para imputar ao agravante a propriedade das substâncias achadas pelos militares no local supostamente indicado pelo réu e pelo adolescente.

Afirma que a abordagem policial não teve motivação válida e que o réu foi inclusive agredido no momento da prisão, conforme relatado na audiência de custódia. Ao final, pede o provimento do recurso especial, para “absolvê-lo do crime de tráfico de drogas” (e-STJ, fl. 241).

Com contrarrazões, nas quais o MP/RJ suscita a incidência da Súmula 7/STJ (e-STJ, fls. 245-249), o recurso especial foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 251-254), justamente com espeque no referido óbice sumular.

Após a interposição de agravo em que se afirma a desnecessidade de reexame fático-probatório (e-STJ, fls. 263-269), os autos foram remetidos a esta Corte Superior.

Ouvido, o MPF propôs o desprovimento do recurso, em parecer com a seguinte ementa (e-STJ, fls. 290-292):

Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Alegação de insuficiência de provas para a condenação. Agravo que busca o processamento de recurso especial não admitido pelo TJRJ, por demandar o revolvimento de provas (Súmula 7/STJ). Refutações que não superam o apontado óbice ao processamento do recurso. Manutenção da decisão agravada.

Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): **Preliminarmente**, o agravo atende a seus requisitos genéricos de admissibilidade e impugna adequadamente os fundamentos da decisão agravada, merecendo ser conhecido.

Também conheço do recurso especial, porque a controvérsia central devolvida pela defesa a este STJ, como detalharei adiante, prescinde do reexame

dos fatos e provas da causa. Para avaliar a procedência da argumentação recursal, é necessário deliberar sobre a manutenção ou superação da tese puramente jurídica (atualmente dominante na jurisprudência deste STJ) atinente à suficiência dos testemunhos de agentes policiais para fundamentar a condenação.

Satisfeitos os pressupostos do agravo e do recurso especial, inicio agora seu julgamento conjunto, conforme a autorização do art. 1.042, § 5º, do CPC.

I – Considerações iniciais e delimitação da controvérsia

Ao lermos a emocionante obra *To kill a mockingbird*, de HARPER LEE, sentimos todos compaixão pelo pobre Tom Robinson, jovem negro acusado injustamente do estupro de uma moça branca em uma pequena cidade do estado do Alabama, na década de 1930 – no auge da segregação racial norte-americana e das leis de *Jim Crow*.

Também sentimos admiração pela atuação heroica do advogado Atticus Finch, que defendeu com altivez uma causa impossível e que sabia fadada ao fracasso. Finch, aliás, foi interpretado brilhantemente por Gregory Peck na clássica adaptação cinematográfica *O Sol é para Todos*, naquele que é o papel mais marcante de toda a história do cinema e moveu o *American Film Institute* a elegê-lo, em 2003, como o maior herói retratado na sétima arte.

Sentimos, ainda, uma profunda revolta pelo simulacro de processo penal que resultou na inevitável condenação de Tom, por motivos puramente raciais e sem nenhum comprometimento com as provas produzidas em juízo. Para nós, o procedimento descrito por HARPER LEE se assemelha a um ordálio normando, ou ao julgamentos das bruxas de Salem, por sua completa desvinculação de critérios racionais para a valoração da prova.

Abro este voto, assim, com uma pergunta incômoda: como haverá a impiedosa lente da história de enxergar as práticas de nosso sistema judicial em julgamentos como o que agora apresento? Ocuparemos no *hall* da história jurídica um lugar honroso, ou nos reservará o futuro uma nota de rodapé junto aos ordálios do medievo?

A diversidade de sensações que a história de LEE nos causa tem razão de ser: não há tragédia jurídica maior, no sistema criminal, do que a condenação de uma pessoa inocente.

O risco de submeter aos horrores do cárcere alguém que não praticou ofensa penal alguma é uma angústia que deve aterrorizar o magistrado, impelindo-o a

se cercar de todas as cautelas possíveis antes de decidir por impactar de forma irremediável a vida da pessoa que lhe é trazida para julgamento. Afinal, se a simples existência de um procedimento investigativo penal já é suficiente para tirar a paz de qualquer pessoa, a condenação criminal é o meio (legítimo) mais intenso de que dispõe o Estado para atacá-la em seus bens jurídicos mais preciosos e arruinar a qualidade de sua existência sobre a Terra.

Sem espaço para ingenuidades ou eufemismos, sabemos que o ingresso de um indivíduo em um sistema penitenciário desumano, degradante e inconstitucional – e assim já declarado pelo STF – lhe retira não só a liberdade jurídica, mas muito provavelmente a integridade física, a saúde, alegria, os sonhos. Convivemos com esse peso pela infeliz imprescindibilidade da prisão, para a qual a Lei não encontrou ainda uma alternativa mais aceitável; *conviver*, todavia, não significa *esquecer* a gravidade de entregar alguém ao inferno terreno que é o cárcere brasileiro.

A questão que hoje submeto a este colegiado guarda relação íntima com esse alerta. Trata-se, certamente, de uma das controvérsias jurídicas mais importantes de nosso direito penal, não só por sua dimensão quantitativa, mas também – e em especial – por se relacionar intimamente ao perfil institucional que o direito espera dos órgãos e poderes encarregados de aplicá-lo.

Não exagero ao dizer que é o próprio sistema jurídico penal pátrio quem agora está em julgamento, nem há como subestimar a mudança de paradigma ora proposta. Para além de definir uma tese jurídica relativa a este ou aquele crime (o que por si só já é algo relevante), esta Seção encontra-se encarregada de construir o próximo capítulo de um processo histórico que, até o presente momento, tem sido escrito com o sangue e as lágrimas de centenas de milhares de brasileiros. É inevitável, para tanto, refletir sobre o papel do Judiciário e da condenação criminal nessa narrativa, e especialmente sobre a pergunta que é talvez a mais cara a todo o processo penal: qual o nível de prova necessária para a condenação de um cidadão ao cumprimento de uma pena que, muito provavelmente, destruirá qualquer expectativa de normalidade em sua vida, a partir daquele momento?

A resposta a esse questionamento passa por múltiplas áreas do saber humano, transcendendo os estreitos limites da ciência do direito. Mesmo dentro do campo jurídico, há uma série de temas densos e diversos que precisam ser enfrentados em tal resposta – temas nos quais começa a se aprofundar um descompasso entre a produção nacional e o que há de mais avançado em sistemas jurídicos bem desenvolvidos.

A tese central suscitada pela defesa neste processo, e que concentra todos esses pontos, é a de que a condenação criminal (por tráfico de drogas, neste caso, mas aplicável indistintamente a outras infrações) não pode se fundamentar exclusivamente na palavra dos agentes policiais que alegam ter testemunhado a ocorrência do delito.

Sei que, consoante nossa jurisprudência, a resposta ao argumento defensivo é negativa. De modo geral, este STJ tem mantido a validade de condenações embasadas apenas nas palavras dos agentes policiais responsáveis pela prisão do acusado em flagrante, ou, de modo mais amplo, no relato dos policiais sobre a infração que afirmam ter visto o réu praticar.

Nos julgados deste Tribunal Superior, detecto a *ratio* de que o policial, nos termos do art. 202 do CPP, pode testemunhar como qualquer outra pessoa – o que é verdade e não disputo –, até por não constar no rol de impedimentos dos arts. 206 a 208 do CPP. Por isso, cabe ao juiz, ao apreciar livremente as provas dos autos (art. 155 do CPP), atribuir ao seu depoimento o valor probatório que entender cabível, inclusive para gerar a condenação do acusado. As conclusões do julgador a esse respeito seriam insuscetíveis ao controle nas vias especial e mandamental, ambas incompatíveis com o aprofundamento no acervo fático-probatório da causa.

Transcrevo, com essa compreensão, a ementa de um julgado da Quinta Turma, de minha relatoria:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de entorpecentes. Violação do princípio da colegialidade. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Inadmissibilidade de paradigma em *habeas corpus* para comprovar divergência. Pleitos de absolvição ou reconhecimento do tráfico privilegiado. Reexame do acervo fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Pedidos de modificação do regime inicial e substituição da pena prejudicados. Ademais, falta de preenchimento de requisito objetivo. Agravo regimental desprovido.

[...]

4. Quanto ao pleito de absolvição do delito, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, tendo sido apreendidos 13,16 g de maconha, além de diversos petrechos relacionados ao crime, aliados à prova testemunhal.

5. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição do crime de tráfico de drogas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

6. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado 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.

Precedentes.

[...]

12. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.924.181/SP, Quinta Turma, DJe de 27/10/2021.)

As “demais provas dos autos” a que nos referimos são, em geral, derivadas da própria atuação policial, como a apreensão das drogas e a confecção dos laudos periciais provisório e definitivo. Todas elas dependem de ser verdadeira a afirmação dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante de que o réu estava, efetivamente, na posse dos entorpecentes apreendidos.

Nas Cortes locais, adicionalmente, é comum vermos uma sequência de outros argumentos menos atrelados à literalidade do CPP, mas nem por isso menos frequentes. Juízes e Tribunais não raro afirmam que: (I) incidiria presunção relativa ou absoluta de veracidade do que é dito por policiais, enquanto agentes do Estado, razão pela qual incumbiria à defesa o ônus de comprovar sua falsidade; (II) não seria crível que agentes policiais incriminassem dolosamente o réu, inexistindo motivos para que assim agissem; (III) haveria contradição entre as posturas estatais de encarregar a polícia de reprimir a criminalidade para, judicialmente, desconsiderar os depoimentos de seus agentes; e (IV) a alegada mentira no depoimento do policial seria somente uma narrativa inventada pelo réu para tentar escapar da condenação.

Tais conclusões encontram-se estampadas na Súmula 70 do Tribunal que proferiu o acórdão impugnado, segundo a qual “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Por trás de todas essas visões, há uma *crença* subjacente de legitimidade da atuação policial, umbilicalmente atrelada a uma *descrença* na fala do acusado. Polícia e réu não partem, nessa concepção, de um estado epistêmico neutro, como seria adequado no processo civil, e muito menos de um estado de proteção do acusado, que seria o ideal no âmbito criminal. Na verdade, o testemunho policial dispara à frente do relato do réu no quesito da *confiabilidade*, a partir unicamente da condição pessoal de quem o proferiu, consoante o preciso diagnóstico de MARIA GORETE JESUS e BRUNO RIGON:

Como os juízes justificam a acolhida da versão policial em suas sentenças? Quais são as condições que tornam possível que as narrativas policiais sejam concebidas como verdade? Durante toda a pesquisa, a crença apareceu como a condição necessária para a recepção, sem questionamentos, da narrativa policial. Os juízes precisam acreditar nesse relato para exercerem o seu próprio poder de punir. A crença dispensa a necessidade de conhecer, tomando-se um tipo de obstáculo cognitivo. O repertório de crenças cria o campo de imunidade da narrativa policial, que não é questionada pelos juízes em suas sentenças: crença na função policial, crença no saber policial, crença na conduta do policial, crença de que o acusado vai mentir, associação entre criminalidade e perfil socioeconômico, crença no seu papel de defesa da sociedade e, pode-se acrescentar também, a crença na prisão.

A crença na palavra do policial é associada à justiça, e a sua descrença é vinculada à impunidade. Nesse jogo de associações de sentido, a crença na narrativa policial torna-se um dos únicos meios pelos quais os juízes conseguem obter o vocabulário necessário para exercerem o seu poder de punir, sobretudo casos de tráfico de drogas (2019, p. 109).

Segundo estudo publicado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP, 2011), 74% das prisões pelo delito de tráfico de drogas no município de São Paulo/SP se fundamentam somente nas palavras dos policiais responsáveis pela diligência. Não há razão para crer que a conjuntura é diferente em outros locais do país, como demonstra nossa experiência diária de contato com os autos processuais. À semelhança do presente caso, as ações penais pelo crime de tráfico de drogas se instauram, grosso modo, a partir de busca pessoal ou domiciliar contra indivíduo “em atitude suspeita” ou a partir de “denúncia anônima”, ao que se segue a suposta localização e apreensão de quantidades diversas de drogas, dinheiro ou petrechos especializados para a venda de entorpecentes, acompanhada de uma “confissão informal” do preso.

Conforme apuração do DEPEN feita no período de julho a dezembro de 2021, a população carcerária brasileira total é de 670.714 presos, dos quais 219.398 (*aproximadamente 32%*) foram encarcerados por crimes tipificados na Lei 11.343/2006. Cruzando esses dados, é possível estimar que em torno de 160.000 custodiados por nosso sistema carcerário foram condenados por tráfico de drogas e delitos correlatos a partir unicamente de depoimentos policiais, isso sem falar naqueles que cumprem penas extramuros.

Mesmo sem outros dados objetivos aos quais possa recorrer, não tenho dúvidas em afirmar que, por todo o país, são minoria os casos em que há um

trabalho de inteligência e investigação policial por trás da denúncia. Por opção dos poderes Executivo e Legislativo, nossa política criminal de repressão ao tráfico de drogas tem se pautado, primordialmente, no instituto jurídico do *flagrante*, com o protagonismo da polícia militar e a chancela do poder Judiciário.

A proposta que encaminho aos doutos pares caminha no sentido oposto, visando a impedir que a condenação por qualquer delito se estribe somente nos depoimentos prestados pelos agentes policiais encarregados de sua investigação e repressão. Atento às inovações tecnológicas e às mais modernas compreensões doutrinárias nacionais e estrangeiras, bem como a dados objetivos e independentes que desenham um panorama desolador no Brasil, sugiro que se exija, como requisito para a condenação do réu, a corroboração dos depoimentos dos policiais por gravação em vídeo quanto aos fatos que afirmam ter testemunhado.

Detalharei os fundamentos e contornos de minha proposta ao longo deste voto, mas a *ratio* dela resultante pode ser assim sumariada: a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.

Penso, com isso, ser possível dar-se um enorme salto de qualidade na segurança das condenações judiciais – mormente, mas não só, pelos crimes de tráfico de drogas, furto, roubo e infrações à Lei 10.826/2003 –, evitando-se o drama jurídico e humano que é o encarceramento de uma pessoa inocente; além de viabilizar a concretização prática de direitos e garantias fundamentais que hoje não passam, nas palavras de Napoleão Bonaparte, de uma “muralla de papel”.

Este tem sido, aliás, uma espécie de *Zeitgeist* dos nossos colegiados nos últimos dois anos. Em diversos assuntos, a Quinta e a Sexta Turmas deste STJ impuseram controles mais nítidos à atividade policial, delimitando seus requisitos e os impactos probatórios por ela produzidos no processo penal de maneira objetiva, com a finalidade máxima de evitar a condenação de inocentes.

É nesse esforço que se enquadram, por exemplo, nossos recentes entendimentos sobre a interpretação do art. 226 do CPP (HC 598.886/SC, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe 18/12/2020); a impossibilidade de condenar o réu no tribunal do júri com base somente nos elementos produzidos no inquérito (REsp 1.916.733/MG, de minha relatoria, DJe de 29/11/2021);

e a aplicação da teoria da perda da chance probatória (AREsp 1.940.381/AL, também de minha relatoria, DJe de 16/12/2021).

Os argumentos jurídicos que orientaram tais precedentes contradizem, em grande medida, a possibilidade de condenação exclusivamente fundamentada nas palavras dos policiais. Dessarte, também pelo aspecto da coerência e integridade jurisprudenciais, elementos tão caros ao sistema de precedentes regido pelo art. 926 do CPC, creio ser necessária uma releitura da orientação hodiernamente dominante.

Com esse objetivo, no capítulo II do voto, examino o estado geral da brutalidade das polícias e as peculiaridades dos depoimentos de seus agentes à luz da presunção de não culpabilidade, assuntos que reputo indissociáveis; no tópico III, analiso o enquadramento de minha proposta nos sistemas de valoração da prova e *standards* probatórios, considerando seus mais recentes desenvolvimentos teóricos no *common law* e no direito europeu continental; na parte IV, discorro sobre o ganho de racionalidade probatória decorrente da implementação de sistemas de câmeras corporais; na breve seção V, resumo a nova orientação jurisprudencial que sugiro; no item VI, refuto possíveis objeções à proposta; encaminho no tópico VII a solução do caso concreto; e, ao final, apresento em separado as referências bibliográficas citadas no voto, as quais, por seu grande volume, prejudicariam a leitura se fossem inseridas no próprio texto, como faço ordinariamente.

Para não deixar sem respostas as perguntas que formulei nesta introdução, estou convicto de que, mantendo-se o atual entendimento jurisprudencial, o futuro há de olhar para as sentenças judiciais brasileiras (em delitos de tráfico, roubo, furto) neste começo de século como uma curiosa deformidade jurídica, com o mesmo rigor que hoje censuramos a condenação de Tom Robinson.

II – O testemunho policial e sua confiabilidade objetiva

II.1 – Brutalidade policial, letalidade e tortura no Brasil

Na apreciação do sobredito REsp 1.916.733/MG, de minha relatoria, a Quinta Turma superou jurisprudência anterior e firmou a compreensão de que o art. 155 do CPP, ao vedar condenações baseadas somente em elementos do inquérito, aplica-se também a vereditos proferidos pelo tribunal do júri. Um dos fundamentos que então nos motivou a essa virada jurisprudencial foi a constatação de que, no beligerante cenário brasileiro de relações entre a polícia e seus *inimigos*, a credibilidade dos elementos produzidos na esfera policial fica objetivamente prejudicada em alguma medida.

Valho-me, por isso, de algumas das ponderações feitas pela Quinta Turma naquela ocasião, acrescentando-lhes outras que são fruto do aprofundamento de minhas pesquisas sobre o tema e da publicação de dados de mortalidade referentes ao último ano, que ainda não estavam disponíveis à época.

Segundo dados do Anuário da Segurança Pública publicado em junho de 2022, o Brasil teve no ano de 2021 um total de 47.503 mortes violentas, sendo que estonteantes 6.145 – quase 13% do total – foram causadas por intervenções policiais. Isso significa que, a cada dia, a polícia tira a vida de 17 cidadãos brasileiros.

Ainda que todos os casos estivessem amparados por excludentes de ilicitude – o que dificilmente corresponde à realidade –, números tão assustadores revelariam, pelo menos, a necessidade de repensar uma mentalidade institucional tão agressiva que chega ao ponto de exigir 17 enfrentamentos letais diários, durante todos os 365 dias do ano, colocando em risco policiais, suspeitos e terceiros alheios a tais embates. A vitimização policial, aliás, também é uma consequência grave desse quadro. Tanto por confrontos diretos (190 mortes) como por suicídios (101 mortes), 291 policiais civis e militares morreram no ano de 2020, em uma guerra que empilha cadáveres de ambos os lados e na qual não há vencedores.

A letalidade policial brasileira, que não encontra par nas nações que se identificam como Estados Democráticos de Direito, chegou a um ponto tão grave que foi necessária a intervenção do STF, na ADPF 635/RJ, para tentar dizer o óbvio: salvo em situações excepcionálíssimas, o Estado não pode tirar a vida de seus cidadãos.

Mesmo com os impactos positivos da atuação do STF, o país assistiu estupefato a uma nova tragédia em 6/5/2021, na comunidade do Jacarezinho, no Rio de Janeiro/RJ, em que uma intervenção considerada exitosa pelas forças de segurança pública terminou com um saldo de 29 mortos. Poucos meses depois, o STF deferiu em parte a tutela cautelar buscada na referida ADPF, instituindo diversas medidas voltadas à redução da letalidade policial no Estado do Rio de Janeiro; tais medidas foram ampliadas no julgamento do dia 3/2/2022, inclusive para ordenar a elaboração de um plano de redução da violência e a instalação de câmeras em viaturas e nas fardas dos agentes policiais. Os 26 mortos da chacina da Vila Cruzeiro, em 24/5/2022, demonstram que a situação permanece seríssima, com um custo humano inaceitável.

Não emito aqui nenhum juízo de valor sobre a eventual culpabilidade de agentes de segurança pública ou de particulares mortos nessas operações, o

que deverá ser feito em tempo pelas autoridades competentes. As referências, somente, por serem fatos objetivos indicadores de que a visão de *guerra* parece nortear a filosofia de parte relevante das instituições nacionais de policiamento, como diz SALO DE CARVALHO:

A forma de manutenção do corpo social sadio contra as investidas daqueles que pretendem aniquilar os valores morais é a sanção neutralizadora, cuja finalidade, diferente dos modelos de Defesa Social baseados na recuperação do infrator, é estruturada na ideia de eliminação.

Neste quadro não é difícil perceber a estruturação beligerante dos sistemas de segurança pública e das reformas penais e processuais penais dela decorrentes, pois por coerência com a doutrina, particularmente com a doutrina militar, inimigo é inimigo mesmo, a ser neutralizado de qualquer forma; guerra é guerra mesmo, implicando inclusive o emprego não seletivo da força e da inteligência militar; combate é combate mesmo; há de haver vencedores e vencidos (2016, p. 83).

Em igual sentido aponta o relatório feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso *Wallace de Almeida*, jovem negro assassinado por policiais militares do Estado do Rio de Janeiro em 1998; Wallace, baleado na perna, foi abandonado pela polícia à própria sorte, morrendo por hemorragia decorrente de seus ferimentos. Ao contextualizar o ambiente social que gera, diariamente, assassinatos como o de Wallace, assim se pronunciou a Comissão:

Dispõe-se de evidências mais do que suficientes para concluir que na maioria das vezes a atuação violenta da polícia excede os limites do marco legal regulamentar e que seus agentes usaram, em não poucos casos, o poder, a organização e o equipamento de que dispõem em atividades ilegais. Ilustrando essa questão, a Comissão assim afirmou: Em 1994, dados parciais para 14 estados federais do Brasil indicam que ocorreram 6.494 homicídios de todo tipo e que em cerca da metade deles há atribuição de responsabilidade. Dos últimos, 8% são atribuídos a “policiais militares” e outros 4% a “esquadrões da morte”. Uma porcentagem elevada desses casos ocorreu no estado do Rio de Janeiro. É firme a convicção deste órgão a respeito da grande maioria dos casos de morte referidos não haver sido produto da ação policial no estrito cumprimento do dever, pois é sabido que faz parte da ação desses elementos a prática das chamadas “execuções extrajudiciais”. Estas decorrem da participação de membros da polícia estatal em grupos de extermínio.

[...]

De modo geral, em casos como o presente no qual um suposto criminoso foi morto por um policial e ante a exigência de atribuição de responsabilidade,

argumenta-se que sua morte resultou de um ato de legítima defesa ou do estrito cumprimento do dever. A Comissão apoia-se no parecer de que tais explicações, dadas frequentes vezes pelas autoridades nesses casos, materializam a existência de uma ação repressiva por parte dos órgãos de segurança do Estado, principalmente do segmento militar. Não obstante as profundas transformações políticas por que passou o país desde o fim do governo militar, é perceptível que seus integrantes continuam a seguir o modelo repressivo posto em prática por aquele governo. Isso leva os membros dessas polícias a orientar sua ação para uma corrente de violência, com o suposto objeto de prevenir ou subjugar possíveis movimentos que eram então considerados subversivos. Daí o fato de que muitos policiais militares continuam a cometer abusos no desempenho de suas funções. Estes, inclusive, são notados quando se infere, da autópsia das vítimas, que estas foram mortas por disparos fatais em partes vitais do corpo ou nas costelas, verificando-se claramente que não haviam esboçado resistência e que estavam, em muitos casos, desarmadas.

[...]

As forças de segurança brasileiras foram repetidas vezes acusadas de violar de forma sistemática os direitos dos cidadãos. Também é forte a convicção de que há um sistema que garante a impunidade dessas violações, bem como uma história de práticas violatórias por parte da polícia, conforme a justiça brasileira comprovou e o próprio Governo reconheceu em seu Plano Nacional de Direitos Humanos (CIDH, Caso 12.440, Relatório 26/2009).

Perceba-se que os dados dos quais dispunha a Comissão já nem correspondem mais à realidade, considerando que as estatísticas de mortes violentas cometidas pela polícia aumentaram sensivelmente desde então.

Não só a letalidade marca de forma tão intensa a atuação policial em nosso país: a tortura é, também, um crime cuja incidência – ainda que difícil de precisar – não aparenta ser pequena.

Com efeito, em recente levantamento divulgado no mês de setembro de 2021, a DPE/RJ constatou a existência de 1.250 relatos de tortura feitos por réus assistidos pela entidade entre junho de 2019 e agosto de 2020. Em 66% desses casos, a alegação de tortura não foi sequer mencionada no termo da audiência de custódia, tampouco foi determinada pelo Judiciário alguma apuração adicional dos fatos; o mesmo aconteceu em 86% das sentenças. Outro dado relevante é o de que *75% das condenações por tráfico de drogas nos casos com relatos de tortura foram amparadas na Súmula 70 do TJ/RJ*. Essa alarmante correlação, ainda que não necessariamente implique uma causalidade direta, revela uma conclusão inafastável: permitir que as condenações judiciais se baseiem somente na palavra dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante

cria um vácuo de controle estatal no momento da abordagem policial e da prisão em flagrante, momento crítico na ação da polícia. Inexistem, afinal, garantias institucionais em funcionamento – para além do senso moral pessoal de cada agente – voltadas a fiscalizar a conduta do policial quando da prisão e evitar possíveis abusos.

Chegou-se a pensar, no passado, que as audiências de custódia seriam suficientes para tanto, mas os dados empíricos mais atuais apontam em sentido contrário. O estudo da DPE/RJ é ecoado por levantamento feito pelo CNJ neste ano, com uma amostra mais abrangente: para subsidiar a visita do Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (SPT) ao Brasil, o CNJ examinou 55.799 relatos de tortura em audiências de custódia feitas no país nos últimos 6 anos, com uma conclusão desabonadora: *somente 5% das denúncias foram investigadas*, o que no mínimo demonstra uma desconsideração da palavra do preso simplesmente por sua condição de preso, sem que o Estado sequer considere, na vasta maioria dos casos, a possibilidade de que esteja falando a verdade.

Resultados similares podem ser encontrados em pesquisa de menor porte, conduzida pela ONG Conectas, que analisou 393 audiências de custódia entre julho e novembro de 2015 no Fórum da Barra Funda, em São Paulo/SP. Embora aqui os magistrados tenham ignorado os relatos de tortura em quantidade menor (26%) dos casos, a providência tomada nos demais foi o simples envio dos autos às Corregedorias das próprias polícias, resultando na instauração de 1 único inquérito entre todos os 393 casos.

Foi exatamente o que aconteceu neste processo, em que, após o relato na audiência de custódia quanto à agressão supostamente sofrida pelo acusado no momento da prisão em flagrante, enviou-se notícia à Corregedoria da polícia civil (e-STJ, fl. 33).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, baseada também no estudo da ONG Conectas e em outros levantamentos, produziu em 2017 relatório que corrobora as preocupações aqui levantadas, apontando o desinteresse do Estado brasileiro, com destaque para o Ministério Público, em verdadeiramente investigar denúncias de tortura e a insuficiência das audiências de custódia para essa finalidade:

A CIDH expressa sua preocupação com as estatísticas que indicariam a falta de investigação e acompanhamento das denúncias de maus tratos e tortura durante a detenção, apresentadas durante as audiências de custódia. Nesse sentido, a Comissão adverte que, apesar do número elevado de denúncias de maus tratos

e tortura, e da abertura de inquéritos para investigar 74% das 1.152 denúncias apresentadas perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, até fevereiro de 2016 não havia sido determinada a responsabilidade de agentes de segurança em nenhum dos casos. Em especial, a CIDH destaca os dados proporcionados pela organização Conectas, que indicam que dos 358 casos documentados onde foram apresentadas alegações sobre maus tratos ou tortura durante a detenção, em 24.5% dos mesmos – isto é, em 88 casos – a autoridade judicial perguntou sobre os fatos da violência sofrida; e apenas em 12.01% dos mesmos – equivalente a 43 casos – os promotores entrevistados intervieram de forma ativa para indagar sobre os mesmos. E somente em dois casos – nos quais os agressores não eram agentes do Estado – o Ministério Público requereu a abertura de inquérito (p. 123-124).

Já em 2021, a mesma Comissão confirmou que o cenário de violência policial sistêmica, associada a uma impunidade generalizada, permanece basicamente inalterado no Brasil, reforçando que “o país pode ser responsabilizado internacional pelo cometimento de crimes contra a humanidade” (2021, p. 118). Consta em seu relatório:

Existe uma cultura de impunidade em torno do modus operandi das instituições de segurança pública e do sistema de Justiça desde a ditadura militar brasileira, especialmente para agentes estatais que cometem violações de direitos humanos. Essa cultura parece fazer parte de um legado autoritário, que persiste até os dias de hoje na forma de regras, procedimentos e práticas que sobreviveram à transição para a democracia e se manifestam principalmente nas ações de autoridades policiais ou militares que, mesmo oficialmente contrárias ao Estado de direito, recebem apoio da população e das próprias autoridades estatais (2021, p. 128).

O sistema de Justiça pouco tem feito para modificar esse cenário reportado internacionalmente.

A medida mais adotada por juízes que recebem relatos de tortura não investigados pelo Ministério Público – qual seja, o envio dos autos às Corregedorias de polícia – já teve sua ineficiência prática confirmada em interessante inquirição feita por pesquisadores do NEV-USP. Esses profissionais analisaram casos públicos de tortura no período de 2010 a 2013, tanto nas Corregedorias da polícia como no Poder Judiciário, nas cidades de Goiânia/GO, Curitiba/PR e Belo Horizonte/MG. Seus resultados demonstram forte resistência dos órgãos administrativos de controle em franquear o acesso a dados públicos sobre o tema, bem como um desinteresse geral por investigá-los e produzir provas sobre um eventual abuso policial. A densidade e profundidade da pesquisa exigem sua leitura integral, mas dela destaco o seguinte trecho para fins didáticos:

Houve uma série de obstáculos apresentados pelas instituições para dar acesso às informações sobre os casos de tortura, bem como aos documentos que possibilitassem a coleta de dados e sua inserção no formulário elaborado para tanto. Algumas destas limitações estão contidas na chamada cifra obscura. Se os números sobre a criminalidade em geral só podem ser estimados a partir de pesquisa indireta, especialmente de vitimização, a pesquisa sobre criminalidade praticada por agentes públicos esbarra em obstáculos ainda maiores. A subnotificação é a regra. Mesmo as pesquisas de vitimização não se mostram eficientes, em tais casos, porque as vítimas tendem a não reportar esses crimes por medo de represálias.

Um segundo aspecto diz respeito ao corporativismo. As instituições de controle interno são geralmente assumidas pelos próprios pares dos perpetradores da tortura e não é incomum deparar-se com um corregedor, por exemplo, que outrora foi acusado desse mesmo crime. A Polícia Civil investiga os próprios crimes cometidos por policiais civis. Percebeu-se que o estudo das investigações e dos processamentos dos crimes de tortura esbarra no comportamento das instituições responsáveis por essas atividades. Elas podem ser mais impermeáveis que as próprias instituições que elas controlam. Acrescenta-se a isso uma série de outros fatores, tais como a carência de recursos, o corporativismo e a falta de organização, que impedem que essas instituições cumpram seu papel de maneira satisfatória. Isso levou os pesquisadores a avaliar que o desempenho dessas instituições se tornasse também objeto de estudo na pesquisa.

E um terceiro aspecto se refere à opacidade das organizações. Instituições do sistema de segurança e de justiça, inclusive as responsáveis pelo controle, são pouco permeáveis ao escrutínio público. Jamais foi concedido aos pesquisadores acesso irrestrito aos registros, ao contrário, houve forte resistência, especialmente dos órgãos de segurança pública e penitenciária, em abri-los para a pesquisa. As instituições de controle, por vezes, chegam a ser mais sigilosas e menos transparentes que as próprias instituições policiais e penitenciárias (SALLA et al, 2016, p. 118).

As deficiências nos métodos de aferição da tortura também são denunciadas pelos pesquisadores, com destaque para a insuficiência das perícias geralmente feitas pelos IMLs e a prática comum de que o policial suspeito da tortura acompanhe a própria vítima no exame médico. “Diante deste quadro”, dizem, “não é de se admirar que as perícias de crimes de tortura sejam consideradas insuficientes para comprovação da tortura” (2016, p. 126).

Essas constatações não foram feitas somente por pesquisadores brasileiros, mas contam, tal como no tema da letalidade policial, com vasta confirmação internacional.

Cito, de maneira ilustrativa, o relatório redigido pelo inspetor especial do *UN Human Rights Council* em 2016, que fornece um retrato incisivo e

entristecedor da massificação da tortura como prática institucional do aparato repressor em nosso país:

Numerosos testemunhos críveis de detentos – mulheres, homens, meninas e meninos –, escolhidos aleatoriamente, em vários estabelecimentos prisionais, apontaram para o uso frequente da tortura e tratamentos degradantes, variando em seus métodos e na severidade da dor e sofrimento infligidos. Isso ocorre no contexto de prisões e interrogatórios pela polícia e no tratamento dos detentos pelas equipes das prisões.

Chutes severos, espancamentos (ocasionalmente com paus e cacetetes), sufocação, a aplicação de choques elétricos com *tasers*, o uso de spray de pimenta, gás lacrimogênio, bombas de ruído e balas de borracha, e a abundante quantidade de abuso verbal e ameaças são reportados como os meios mais frequentemente empregados pela polícia e agentes penitenciários, não como forma legítima de controle de aglomerações ou contenção de tumultos que exijam algum uso de força, mas sim no contexto de uso excessivo da força ou punição.

[...]

Casos de tortura e outros tratamentos degradantes são significativamente subnotificados. A maioria das pessoas entrevistadas – adultos e adolescentes – disse ao investigador especial que se absteve de denunciar os maus-tratos pelo medo de piorar as coisas, ou porque esperava ser inútil tal medida. Esse padrão é confirmado por diversos integrantes da sociedade civil com quem o inspetor se encontrou; detentos informam terem sido torturados, mas não são convencidos a denunciar formalmente.

Tortura e maus tratos dessa natureza constituem uma prática tão difundida e entrincheirada que foi naturalizada ao ponto de que detentos nem a mencionam, exceto se perguntados.

[...]

O inspetor especial expressa sua preocupação quanto ao fato de que os serviços forenses no Brasil, incluindo os IMLs, são marcados por uma profunda falta de treinamento em padrões médicos forenses internacionais, como o Manual para a Efetiva Investigação e Documentação de Tortura e Outras Formas de Tratamento ou Punição Degradantes (Protocolo de Istambul) e o Protocolo Modelo para uma Investigação Jurídica de Execuções Sumárias, Arbitrárias e Extrajudiciais (Protocolo de Minnesota).

Os IMLs formam parte da polícia civil e se reportam à secretaria de segurança pública do Estado respectivo. O inspetor especial reforça a falta de independência e o risco de prejuízo à imparcialidade dos examinadores forenses. Se a imparcialidade é comprometida, isso torna perícias forenses e seus relatórios fontes não confiáveis de evidência científica (2016, p. 10-13).

Ainda no âmbito das Nações Unidas, a censura mais recente dirigida ao Brasil foi feita pelo *Office of the High Commissioner for Human Rights* (OHCHR) neste segundo semestre de 2022. Preocupado com as últimas chacinas policiais e episódios de abuso de poder com grande repercussão nacional, o OHCHR concluiu que “a nova onda de violência é a última manifestação do uso excessivo e letal da força por agentes policiais no Brasil, de forma sistêmica e persistente”.

A própria cultura institucional nas agências policiais alimenta a crença de que os assassinatos e a tortura cometidos pela polícia são práticas naturais, necessárias ou válidas para a proteção de um bem maior. Em provocador estudo, MARIA GORETE DE JESUS e outros pesquisadores, entrevistando 140 policiais civis e 298 policiais militares em São Paulo/SP no ano de 2016, trazem um diagnóstico inédito dessa mentalidade. Focada na percepção de agentes policiais sobre a implantação das audiências de custódia, a pesquisa detectou um profundo viés institucional contrário à tutela jurídica daqueles que a polícia identificou como seus adversários na guerra contra a criminalidade, como ilustram os seguintes excertos do trabalho:

No contato com policiais, tanto civis como militares, foi recorrente ouvir comentários críticos sobre a audiência de custódia. A frase mais ouvida foi a de que “os policiais prendem e a audiência de custódia solta”, reatualizando discursos já presentes na relação entre a polícia e o Judiciário (MARTINS et al, 2011).

Nesta linha argumentativa, outros discursos apareceram. Segundo alguns policiais, a audiência de custódia estaria “aumentando a impunidade”, soltando “criminosos perigosos” e colocando em risco a “ordem pública e a segurança da população”. Alguns policiais disseram que a prioridade é “desencarcerar” a todo custo: “as audiências de custódia vieram para desafogar o sistema prisional, mas está servindo para colocar bandido perigoso na rua” (policial civil); “que há superlotação ninguém nega, mas soltar do jeito que estão soltando, isso aí eu acho errado” (policial militar); “estão soltando demais, isso não está certo, é muito bandido na rua pra gente ficar correndo atrás, a polícia também cansa, isso desmotiva nosso trabalho” (policial militar).

[...]

Outro argumento contrário às audiências de custódia é que essas retirariam a autoridade da polícia. Um investigador disse que na década de 1990 a polícia era temida, pois “naquela época, que podia bater, que podia atirar, era melhor para o policial”, mas que, atualmente, “ninguém mais teme a polícia”. No imaginário de alguns policiais, este é um dos motivos para que a polícia não seja mais tão respeitada como antigamente: “os policiais não são mais temidos, não têm mais autoridade, os bandidos passam e riem da nossa cara, perderam a vergonha

porque sabem que vão para a audiência de custódia e que lá vão ser soltos” (policial civil) (2018, p. 158-159).

Trago esses dados para demonstrar de modo objetivo e empiricamente verificável uma realidade que é sabida por grande parte do povo brasileiro, principalmente a parcela mais pobre, desde seu nascimento: nossa polícia tortura, mata e dissimula seus atos, em regra impunemente, de uma maneira ímpar nos países ocidentais democráticos. Não surpreende, assim, a pesquisa conduzida pela *Anistia Internacional* em 21 países, no ano de 2014, segundo a qual 80% dos brasileiros temeriam sofrer tortura nas mãos da polícia no caso de uma eventual prisão. É digno de nota que esse foi o maior percentual em todos os países participantes do estudo, colocando o Brasil em uma situação pior do que nações com IDH similar (como o México, em que 64% dos respondentes temeriam a tortura) e até mesmo menor que o brasileiro (Paquistão, com 58%; e Indonésia, com 54%).

Ou, nas palavras do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, em seu prefácio à obra *A política do enquadro*,

Nada mais natural, portanto, que estejamos, no presente, fortemente impregnados desse ranço autoritário do passado, que não encontra o devido controle institucional, mercê da ausência de efetivas normas de conduta, bem como de mecanismos, internos e externos às corporações, de responsabilização das arbitrariedades cometidas (2021, p. 12).

Não obstante a nobreza de sua função e correição funcional da vasta maioria de seus membros, as instituições policiais por vezes desprezam os direitos mais básicos dos investigados ou daqueles que tomam por inimigos. O julgador não pode ignorar a realidade do país em que vive, e seria ingênuo de nossa parte atribuir aos procedimentos policiais a presunção de veracidade e legitimidade proclamada com tanto vigor pela jurisprudência majoritária.

Apesar disso, o Judiciário brasileiro tem, como regra geral, ignorado esse substrato social ímpar e, de modo geral, atribuído verdadeira onipotência à palavra da polícia enquanto elemento de prova no processo penal. Profundamente influenciado há décadas por um discurso de emergência de combate ao tráfico de drogas, além do vírus autoritário que integra desde o início o código genético de nossa República, juízes desprezam a realidade de extrema e disseminada brutalidade policial – que é objetivamente demonstrada por diversas fontes independentes –, fechando os olhos aos fatos por todos conhecidos. Essa curiosa

forma de negacionismo judicial já foi estudada, entre nós, por MARCELO SEMER, que a sintetiza em sua espetacular obra *Sentenciando o tráfico*:

States of denial é o estudo dessa híbrida situação que envolve a circunstância de que, em sofrimentos e atrocidades que nos circundam, *as pessoas reagem como se não soubessem o que sabem*. Ou então, a informação é registrada – não há tentativa de negar os fatos – mas sua implicação é simplesmente ignorada (2020, p. 118).

Na pesquisa de doutoramento que culminou com a publicação de seu trabalho, SEMER avaliou 800 sentenças proferidas em ações penais sobre o crime de tráfico de drogas nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Bahia, Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás, Maranhão e Pará. Trata-se de amostragem ampla e bem representativa da diversidade brasileira (veja-se que todas as regiões do país foram contempladas no levantamento), o que lhe confere propriedade para verificar que esse negacionismo é uma tendência prática real entre os agentes da Justiça:

A desconexão com a realidade, contudo, consiste em que, se de um lado a sociedade, de fato, questiona a lisura do trabalho da polícia (as pesquisas indicadas no capítulo precedente não deixam muito margem à dúvida), aos depoimentos que prestam em audiência é conferida a credibilidade total pelos juizes. A ausência de outros elementos, a defesa aguerrida da validade e eficácia dos relatos, a consideração da fé pública ou da presunção de veracidade, tudo isso faz com que não apenas os depoimentos sejam normalmente aceitos, mas que sejam absolutamente suficientes para a condenação.

O que se vislumbra por aqui é a absoluta incapacidade de admitir qualquer irregularidade praticada pelos policiais - a despeito de, como demonstramos no item 4.2, uma vasta experiência local que reúne episódios e estatísticas de violências policiais. A questão mal chega a ser cogitada - vez por outra apenas como forma de defender previamente os policiais, sua importância, sua idoneidade, sua bravura.

[...]

A negação envolve uma verdade inconveniente no bojo de uma encruzilhada: sem os testemunhos policiais, a prova se esvai completamente; mas enquanto eles são supervalorizados, a polícia não se mobiliza em busca de outros elementos (2020, p. 199-200).

Não pretendo, aqui, culpar nossas forças policiais – muito menos seus integrantes, que arriscam a vida em defesa da sociedade e, em sua maioria

absoluta, têm conduta profissional irrepreensível – pelas mazelas do país, até porque os próprios agentes sofrem com a situação atual.

Além da incrível quantidade de policiais mortos em serviço ou por doenças ocupacionais, os que sobrevivem à guerra hoje existente raramente o fazem ilesos. É o que demonstra um recente estudo do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, cujos números são causa de alerta. Dentre os 9.067 policiais entrevistados nas mais diversas corporações de todo o país, 18,4% já foram vítimas de tortura pela própria instituição a que servem, 19,7% presenciaram a morte de um colega, 41,7% foram vítimas de violência em serviço, 43,8% sofreram acidentes de trânsito em serviço, 54,5% foram ameaçados de morte e 54,8% foram humilhados por superiores hierárquicos (2021, p. 26). A maioria dos próprios agentes demonstra descontentamento com a qualidade das provas e perícias produzidas em procedimentos investigativos e com os níveis de corrupção nas corporações – 93,4% e 91,6% dos entrevistados, respectivamente (2021, p. 29-30) –, o que confirma os dados antes apresentados. A eleição da “guerra às drogas” como finalidade máxima do aparato de segurança pública, outrossim, é tida como como um problema importante por 82,5% dos respondentes.

Seria míope, conhecendo tais informações, pretender culpar este ou aquele agente policial pelo panorama existente. Apenas chamo atenção para o fato de que uma condenação criminal é algo extremamente sério, capaz de danificar irremediavelmente a vida de qualquer pessoa, e por isso deve ser calcada em elementos que atendam a um elevado grau de confiabilidade. Com as devidas vênias ao pensamento contrário, creio que todo o quadro que descrevi, somado aos naturais vieses da polícia – que esmiuçarei a seguir –, não nos permite atribuir à atuação policial tal nível de segurança jurídica.

Veja-se que não discuto, aqui, o maior ou menor mérito do trabalho de cada indivíduo que compõe nossas forças policiais, cujo serviço é prestado sem dúvidas com grandes esforços e sacrifícios pessoais. A reflexão que proponho é mais abstrata, referente à postura das instituições como um todo e à questão puramente jurídica de adequação entre os indícios levantados pela polícia e o *standard* probatório da legislação penal.

II.2 – Dificuldades epistêmicas do testemunho policial

Embora ainda pouco estudada no Brasil, a “epistemologia policial”, por assim dizer, recebe atenção acadêmica internacional – não só no direito, mas

em múltiplas ciências humanas – já há algumas décadas. O ponto central dessa discussão é a aferição da credibilidade que o depoimento de um agente policial deve receber em juízo, o que se conecta ao estabelecimento de parâmetros racionais para sua admissão, análise e corroboração.

Para bem introduzir o tema, volto-me ao enciclopédico trabalho de JOHN HENRY WIGMORE, jurista americano que sistematizou as principais regras de admissibilidade da prova nos 5 volumes de sua colossal obra *A treatise on the system of evidence in trials at common law*, no começo do século XX. O labor de WIGMORE, com mais de 80.000 referências bibliográficas e jurisprudenciais, foi decisivo para a compilação das regras destinadas à formação do conjunto probatório e influenciou a elaboração das *Federal Rules of Evidence* décadas depois, oficialmente adotadas como lei federal pelos EUA em 1975.

Dentre os (literalmente) milhares de temas abordados com profundidade em *A treatise*, WIGMORE introduz uma classificação útil dos fenômenos psíquicos que podem prejudicar, em maior ou menor grau, a confiabilidade de um testemunho, no seguinte escalonamento:

Três diferentes tipos de emoções que constituem uma parcialidade pouco confiável podem ser em geral distinguidas – *viés, interesse e corrupção*. Viés, grosso modo, abrange todas as variedades de hostilidade ou preconceito contra o adversário pessoalmente, ou a favor do proponente, também pessoalmente. Interesse significa a específica inclinação que pode surgir da relação entre a testemunha e o objeto do litígio. Corrupção deve ser aqui compreendida como a falsa intenção dolosa, depreendida de dar ou receber um suborno ou por expressões gerais de ausência de escrúpulos para o caso.

Os tipos de provas disponíveis [para provar tais emoções] são dois, (a) as circunstâncias da situação da testemunha, tornando *a priori* provável que ela tenha alguma parcialidade mental por um das partes; (b) a conduta da testemunha propriamente dita, indicando a presença dessa parcialidade (1905, p. 1.082-1.083).

Em que pese a credibilidade de que goza a imagem da polícia junto à sociedade, o resultado das pesquisas sobre o tema é uníssono: utilizando a terminologia de WIGMORE, o testemunho incriminador do policial tem pelo menos um *viés*, muitas vezes um *interesse* e, em uma quantidade menor de casos, pode ser motivado por pura e simples *corrupção*. E, o que é pior, *não há atualmente um remédio jurídico eficaz para que o acusado inocente se proteja contra os efeitos deletérios de um depoimento parcial ou mentiroso*.

Nos EUA, país que certamente concentra a maior produção jurídica a respeito da matéria, há até uma expressão para se referir à conduta policial de mentir em testemunhos judiciais, com a finalidade de incriminar o réu: *testilying*, trocadilho resultante da junção das palavras *testifying* e *lying* (formas do gerúndio dos verbos “testemunhar” e “mentir”). A própria existência linguística do vocábulo já é sintomática de um fenômeno social, como também o é, no português, a criação da expressão “kit flagrante”, para designar a pequena quantidade de drogas guardada pelo policial para forjar um flagrante pelo crime de tráfico.

Do ponto de vista dos *vieses*, a própria dinâmica da atividade policial é propícia ao desenvolvimento de uma percepção da realidade guiada por uma *visão de mundo* (*Weltanschauung*) belicosa e sectária, que opõe o “cidadão de bem” àquele que está “do lado errado da lei”. Em seu contato diário com pessoas que cometeram crimes (e com as vítimas desses delitos), é mesmo de se esperar que o policial seja afetado psiquicamente pelos fatos graves com os quais lida. Como resultado,

a polícia é suscetível à polarização de grupo. Esse é um fenômeno inconsciente causado pelos limitados pontos de vista a que os oficiais são expostos. Policiais falam sobre seus casos majoritariamente entre si, confirmando as crenças uns dos outros. A polarização grupal torna a polícia mais extrema em suas visões sobre quem será policiado. Em adição a esse fenômeno, a polícia trabalha de perto com as vítimas, o que pode levar o policial a ficar excessivamente investido nas alegações do suposto ofendido em detrimento de outras testemunhas e estimulá-lo a querer “justiça” para a vítima.

O envolvimento na investigação e a própria instituição investigativa – o departamento de polícia – também podem levar à “visão de túnel” e ao viés de confirmação. Como consequência, a polícia pode se convencer da culpa de um indivíduo apenas porque ele é o suspeito e porque a polícia só é exposta a um lado da história até o julgamento. Essa crença na culpa do réu pode levar à manipulação da verdade para assegurar uma condenação e garantir que a pessoa em cuja culpa o policial acredita será presa, mesmo que haja evidências em sentido contrário. A “visão de túnel” faz com que a polícia ignore e despreze provas absolutórias. Esses fenômenos inconscientes – vieses de polarização, “visão de túnel” e vieses de confirmação – são todos causados pela atividade do policial na aplicação da lei e *diferenciam os policiais de outras testemunhas sem os mesmos vieses* (JOHNSON, 2017, p. 292-293).

Tais lições foram pensadas no contexto norte-americano, em que a letalidade policial – conquanto alta – é muito menor do que a brasileira.

Nos EUA, em 2021, a polícia matou um total de 1.055 pessoas (STATISTA RESEARCH DEPARTMENT, 2022), número *seis vezes menor* do que a quantidade de mortos pela polícia brasileira naquele período, mesmo sendo a população estadunidense 50% maior do que a nossa. Quão mais profundos, então, não serão os vieses cognitivos inconscientes da polícia brasileira, que vive em guerra declarada, amontoando cadáveres de ambos os lados do conflito?

O problema da *Weltanschauung* policial brasileira é agravado por esse contexto violento e por discursos político-ideológicos inflamados. Mesmo nos casos em que o policial não alterar em absolutamente nada a verdade dos fatos por ele percebida, a sua comunicação no dispositivo do processo judicial será – ressalvada a hipótese de um policial absolutamente neutro, que penso ser utópica – linguisticamente determinada pela lente com a qual vê o mundo. Qual é essa lente, pelo menos numa perspectiva institucional, é algo que não desperta dúvidas: a polícia representa, em sua própria cosmovisão, a última barreira da civilização e da sociedade “de bem” contra os ataques dos “criminosos”, em especial dos “traficantes”. Essa peculiaridade cognitiva é sintetizada, entre nós, por MARCUS ALAN DE MELO GOMES:

A despeito da inquestionável condição legal de testemunhas (art. 202 do Código de Processo Penal), os policiais prestam declarações contaminadas pela disposição de demonstrar a legalidade de seus atos – ainda quando estes não tenham sido efetivamente legais – o que recomenda valoração cautelosa de seu conteúdo. Além da preocupante questão que envolve a própria dissimulação intencional dos fatos, não se pode perder de vista que *o policial tende a ter uma visão muito particular de sua função e dos limites de sua atuação*, em regra impregnada de estereótipos elaborados pelo discurso punitivo que convencem o próprio agente público do seu status de autoridade, *encarregado de travar a luta do bem contra o mal*, e que vão compor uma espécie de mentalidade purificante – quase higienista – da sociedade, inspirada essencialmente em juízos morais, e segundo a qual o contraponto dele, policial, enquanto agente legitimado ao emprego da coerção física em prol do bem comum, é o traficante. Assim, “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”. *Por último, não se pode esquecer das expectativas, das pressões e até dos incentivos que grassam no ambiente institucional* (2021, p. 572-573).

GOMES introduz, nesse trecho, os fundamentos da segunda causa de parcialidade detectada por WIGMORE: o *interesse*. Nas últimas décadas, é sabido que o discurso político de endurecimento do combate à criminalidade

(sob a bandeira de *law and order*) tem ditado a tônica da atuação estatal em matéria de segurança pública. O policial se encontra, então, em uma estrutura institucional que lhe cobra a solução rápida de crimes, medindo sua produtividade e a qualidade de seu trabalho pela quantidade de prisões que fizer. Paralelamente, a instituição policial vive sob contínua pressão da sociedade para entregar resultados, e a prisão de alguém – culpado ou inocente – satisfaz temporariamente o apetite desse clamor imparável. Os próprios agentes ouvidos no estudo da Fórum Brasileiro de Segurança Pública que citei antes demonstram um desconforto com essa sistemática, tendo 71,4% deles considerado um problema importante a priorização de prisões como meta do trabalho policial (2021, p. 31).

A soma dos *vieses* (que predispõem a polícia a crer na culpabilidade daquele que vê como inimigo) com o *interesse* em garantir prisões e condenações, para manter a crença social na eficiência da instituição policial, produz consequências perniciosas mesmo quando não há propriamente *corrupção*, segundo a professora canadense DIANE MARTIN, integrante do *Innocence Project*:

Na maior parte dos casos, condenações injustas não são aberrações nem difíceis de prevenir. Elas geralmente são encontradas em um ou ambos de dois contextos institucionais (que frequentemente se sobrepõem): a pressão para condenar na atmosfera altamente carregada e politizada gerada por casos de grande repercussão; e a disposição em processar e condenar alguém sem um exame real da prova, que pode ser fomentada por estereótipos e vieses operando em ambientes de rotina. Mesmo quando a conduta é deliberada – quando confissões são obtidas ilegalmente ou testemunhas propositalmente subornadas, por exemplo – as práticas são frequentemente racionalizadas como uma “corrupção de causa nobre”: a crença de que os fins justificam os meios e que práticas impróprias ou mesmo desonestas são legítimas (Wood, 1997). Comumente, policiais e outros mantêm sua crença na culpa ainda muito tempo depois de sua imputação desmoronar e ser exposta como uma construção falsa, o que demonstra quão profundamente enraizada essa racionalização pode se tornar (2001, p. 79).

Existe, por isso, um estímulo institucional muito grande para prender, processar e condenar, inflando os números de prisões como uma tentativa de mostrar eficiência e presteza da agência policial à sociedade. Esse estímulo não é acompanhado de controles objetivos, como bem salientou o Ministro *Rogério Schietti Cruz*, até porque o que traz poder à agência policial, aos olhos da população, não é necessariamente a prisão ou condenação de um *culpado*, mas a prisão ou condenação em si. Afinal, a sociedade civil confia no que dizem

as instituições oficialmente encarregadas da persecução penal e, salvo notáveis exceções, não tem condições de averiguar ela própria a culpabilidade do acusado. A peculiar combinação de estímulos para prender e condenar (quem quer que seja), sem uma contrapartida de controle criterioso da prova e da atividade policial, cria um terreno fértil para condenações de pessoas inocentes.

Revelam certa ingenuidade, assim, afirmações do tipo que mencionei na introdução deste voto e que vemos não poucas vezes em sentenças judiciais sobre o tráfico de drogas, como: “o policial não teria motivos para incriminar falsamente o réu”, “o policial sequer conhecia o acusado”, “não é crível que a polícia saísse para se dedicar a prender pessoas inocentes” etc. Essa compreensão ignora os vieses próprios da atividade de policiamento e a existência de um sistema institucional que não somente estimula, mas verdadeiramente exige do policial a realização de prisões, sejam elas legítimas ou não.

É o que aponta THEREZA CRISTINA DAS NEVES em capítulo da obra coletiva *A prova e o processo penal constitucionalizado: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis*, da qual tenho a honra de ser coautor, juntamente com os Ministros *João Otávio de Noronha*, *Reynaldo Soares da Fonseca* e *Rogério Schiatti Cruz*:

Em sua grande maioria, os juízes fundamentam suas decisões na fé pública de que gozariam os agentes policiais, cujos depoimentos teriam “presunção de veracidade”, ignorando que tais agentes não vão deixar de validar suas condutas que deram azo aos “flagrantes”, tornando, assim, ínfima qualquer possibilidade de absolvição.

Com efeito, o entendimento generalizado é o de que o policial é um agente do Estado, cuja palavra tem fé pública e cuja atividade é a de garantir a ordem, de modo que não haveria motivos para mentir, chegando alguns magistrados a invocar que pensar o contrário se trataria de uma “teoria da conspiração”, que “policiais não são psicopatas que saem perseguindo para forjar acusações falsa” ou que “Policiais Militares não perambulam pelas ruas da cidade, imputando crimes a inocentes, por mero capricho”. *Não obstante, considerar que os policiais não mentem seria apostar em um “mito”, uma vez que, além de denotar uma suposta imparcialidade dos agentes que em verdade deram causa ao processo, trata-se de ignorar que a Polícia trabalha com metas de produtividade cujo critério principal é a prisão, bem como que muitas vezes se utiliza de ações violentas e de “kits flagrante”, conforme largamente sabido por toda a população, seja por meio da mídia, seja por presenciar os arbítrios cometidos no patrulhamento ostensivo das nossas corporações verticalizadas (2021, p. 705-706).*

Lembre-se que, quando depõe em juízo em desfavor de um réu preso em flagrante, o policial tem interesse em confirmar perante o magistrado a

legitimidade de seus atos, inclusive para evitar o risco de uma responsabilização administrativa ou mesmo penal caso seja identificada alguma irregularidade em sua conduta. É certo, e sobre isso muito já se escreveu em nosso país, que existe uma enorme deficiência no controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público, que amiúde apresenta em face da polícia uma postura acrítica e leniente. Não obstante, é igualmente certo ser melhor para o policial nem correr o risco, ainda que diminuto, de responsabilização, razão pela qual a defesa da legalidade dos procedimentos por ele adotados na etapa extrajudicial é o curso de ação mais egoisticamente racional.

Como há esse estímulo para o direcionamento do testemunho do policial, seria da mais absoluta relevância que o sistema jurídico estabelecesse, simultaneamente, algum meio efetivo de seu controle, ou exigisse dos juízes e promotores uma valoração criteriosa e objetivamente justificável de seu teor. O exame das sentenças – inclusive do acórdão ora recorrido – que recorrem aos chavões sobreditos, porém, nos mostra que isso não ocorre na prática.

Se a possibilidade da *corrupção* policial não existisse, a problemática de que trato aqui seria com certeza menor; vieses e interesses pessoais, intensos e relevantes como sejam, podem ser enfrentados com senso crítico e boa produção de provas. A maior preocupação prática que envolve as condenações pautadas apenas nos depoimentos policiais, no entanto, é a prevenção dos flagrantes forjados, que inevitavelmente envolvem algum nível de corrupção, mesmo que o agente policial a justifique no cumprimento da missão maior de “combate à criminalidade”.

A simples possibilidade da ocorrência de flagrantes dessa espécie já deveria despertar a atenção do meio jurídico para o estabelecimento de salvaguardas objetivas, tendo em vista a enorme dificuldade que qualquer réu – inclusive o inocente – terá para provar a efetiva ocorrência da corrupção policial em seu caso concreto. Se isso não fosse uma possibilidade real, poderíamos dormir tranquilos e sem pensar nas milhares de condenações proferidas pelas instâncias ordinárias e aqui no STJ confirmadas, mas creio que o estado de coisas é diferente.

Dada a pequena quantidade de pesquisas sobre o tema no Brasil, recorro novamente à academia norte-americana, em que o problema da corrupção policial é muito mais documentado.

A Universidade de Michigan mantém, sob a direção do professor SAMUEL GROSS – talvez o maior especialista da atualidade no tema das condenações injustas –, o *National Registry of Exonerations* (NRE), que

sistematiza os dados de todas as condenações penais revertidas judicialmente nos EUA desde o ano de 1989. Segundo apuração feita pelo grupo de pesquisa da Universidade, 54% das 2.400 condenações anuladas envolviam condutas ilícitas praticadas por agentes governamentais, sendo que em 10% delas houve fabricação de provas (2020, p 11). Debruçando-se sobre a mesma base de dados pouco tempo depois, quando o NRE já registrava 2.601 exonerações, um estudo independente revelou um dado adicional interessante: nos casos em que houve alguma prática ilegal por parte da polícia, não aconteceu em geral o cometimento de um único ato corrupto, mas sim de ilicitudes sucessivas, resultando numa média aritmética de 1,5 condutas policiais ilegais contra cada acusado (DRUMMOND; MILLS, 2020, p. 281).

A tipologia desses atos é diversa, como explica DAVID DORFMAN em artigo publicado no tradicional *American Journal of Criminal Law*:

Pode-se esperar que policiais omitam, editem e mesmo mintam em seus relatórios, juramentados ou não; escondam ou representem os fatos inadequadamente para encobrir corrupção e brutalidade; policiais são treinados para enganar cidadãos durante investigações como parte de uma boa prática policial; obscurecem fatos, e mesmo mentem, para encobrir desvios de conduta de colegas de trabalho. Adicionalmente, *as práticas e políticas do comando dão aos policiais todo incentivo para que mintam* a fim de esconder uma falta de produtividade ou se glorificar por reconhecimento e promoções. E sim, policiais cometem perjúrio em tribunais.

[...]

Policiais praticam perjúrio para alavancar a acusação contra um cidadão ao adicionar evidências incriminatórias a fim de melhor assegurar uma condenação, para louvar a conduta policial ou simplesmente para sanitizar os registros oficiais de fatos desconfortáveis. De forma geral, enquanto o uso de poder e o cumprimento de responsabilidades pelo policial for avaliado (seja por tribunais, agências governamentais ou superiores hierárquicos), e enquanto essas avaliações forem tidas pelo policial como impedimentos para objetivos mais imediatos, ele terá um incentivo para mentir (1999, p. 460-461).

Não nos assustemos com essa linguagem pragmática e direta, típica da doutrina americana e bastante influenciada pelo vocabulário das ciências econômicas. DORFMAN não presume, nem eu o faço, que todo policial é um mentiroso em potencial, mas somente reconhece que há estímulos institucionais objetivos para a mentira, de maneira sóbria e na contramão do que faz a jurisprudência brasileira, mais ingênua no ponto.

O ano de publicação de seu trabalho, aliás, não é uma coincidência. Foi na virada do milênio que os EUA se viram confrontados com dois enormes escândalos policiais – um no distrito policial de Rampart, em Los Angeles, na Califórnia, e o outro em Tulia, no Texas – que desmascararam precisamente os mecanismos de incentivos e falta de controles institucionais a que me refiro:

Más condutas policiais nesses escândalos assumiram muitas formas. A polícia protocolou relatórios falsos detalhando a observação de condutas típicas que os acusados jamais praticaram, ou descrevendo circunstâncias que, se fossem verdadeiras, teriam configurado condutas criminosas. Na maioria dos casos, *a polícia fisicamente plantava drogas ou armas nos réus e então mentia sobre como encontrou os objetos ilícitos*, ou simplesmente afirmava que tinha encontrado drogas ou armas quando na realidade não o havia feito. Policiais, então, testemunhavam sobre esses mesmos fatos falsos em audiências preliminares e nos julgamentos, nos raros casos que não terminavam em *plea bargaining* com admissão de culpa (COVEY, 2013, p. 1.155-1.156).

Centrados em falsas acusações de tráfico de drogas, os departamentos policiais em comento tiveram seu funcionamento exposto às claras com depoimentos e colaborações premiadas de seus próprios agentes, resultando na reversão de 156 condenações em Rampart e outras 37 em Tulia.

Esses dois eventos foram um forte combustível para o desenvolvimento, na doutrina jurídica norte-americana, de uma postura epistêmica mais cética em relação aos testemunhos policiais, porque demonstraram, na prática, o altíssimo poder confiado à polícia e os riscos de mau uso desse poder, quando as afirmações policiais são encampadas pelo *Parquet* ou pelo Judiciário como fundamentos únicos de uma condenação. Os perigos dessa encampação acrítica são óbvios: “menor escrutínio sobre o testemunho policial pode levar a um percentual mais alto de condenações injustas e todos os problemas (diretos e colaterais) que as acompanham” (WARREN, 2018, p. 9).

No campo da literatura jurídica anticorrupção, a perigosa conjugação de incentivos institucionais e inexistência de mecanismos reais de controle é apontada por SUSAN ROSE-ACKERMAN – uma das maiores autoridades internacionais no tema – e BONNIE PALIFKA como o principal elemento que torna a atuação policial mais suscetível à corrupção:

Diversos fatores convergem para tornar as forças policiais especialmente inclinadas à prática da corrupção. Policiais podem atuar individualmente, em relativo isolamento, virtualmente sem supervisão direta em suas atividades diárias (Nos termos de Klitgaard, eles têm monopólio de poder, liberdade de ação

para exercer esse poder, e mínima prestação de contas) [...]. Em vez de manter o foco em mudar esses incentivos e as instituições que os estimulam, a maior parte das campanhas anticorrupção culpam a ética pessoal e demitem as “maçãs podres” que são descobertas (2020, p. 110-111).

Não podemos simplesmente fechar os olhos a essa realidade e acreditar, como alertam ROSE-ACKERMAN e PALIFKA, que a incerta detecção isolada de “maçãs podres” dentre as fileiras policiais produzirá efeitos relevantes. A atitude fundamental a ser adotada pelas instituições encarregadas da administração da Justiça é o exercício de um criterioso controle jurídico, com parâmetros objetivos que detalharei mais adiante, quanto aos atos, provas e alegações da polícia, a fim de diminuir os incentivos atualmente existente para a corrupção probatória e minimizar a completa falta de controle sobre a atuação policial.

Se a corrupção policial fosse uma exclusividade norte-americana, tudo o que relatei agora seria irrelevante e poderíamos nos preocupar somente com a modulação jurídica dos vieses e interesses de testemunhos dos agentes de segurança. Não acredito ser essa a situação, o que torna imprescindível refletir, como proponho, sobre o instrumental jurídico de que dispomos para trazer mais segurança às condenações aqui proferidas.

A literatura sobre o assunto é vastíssima e selecionei apenas alguns de seus trabalhos mais evidentes, para tornar viável o julgamento do caso; há ainda muitos outros que poderia citar. Penso, de todo modo, que estão bem estabelecidas e documentadas: (I) a ingenuidade da afirmação de que o policial não mente em juízo, ou de que não teria motivos para fazê-lo; (II) a presença de riscos intrínsecos ao depoimento policial, que recomenda cautela em sua recepção pelo Judiciário; e (III) a existência de um *status* social de verdadeira guerra em nosso país, que exacerba profundamente esses riscos. Como consequência, extraímos, em concordância com JOHNSON, que esse conjunto de fatores “torna os policiais muito diferentes de outras testemunhas” (2017, p. 288).

Considerando essas conclusões intermediárias, o próximo passo é pensar sobre a distribuição dos ônus da prova no processo penal, quando a acusação entende ter se desincumbido de seus encargos probatórios pela apresentação do depoimento policial, apenas.

II.3 – Presunção de não culpabilidade e inversão do ônus da prova

Com a economia de palavras peculiar à nossa legislação, o art. 156 do CPP enuncia que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, assim instituindo

a regra geral de distribuição dos ônus da prova. A questão obviamente não é tão simples, de modo que a solução de controvérsias práticas sobre a atribuição de encargos probatórios reclama a incidência do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da CR/1988.

Não presumir o réu como culpado significa, dentre muitas coisas, que não se pode atribuir à narrativa apresentada pelo Estado nenhuma nota de superioridade epistêmica sobre o estado de inocência do acusado. Vigora aqui, contrariamente, um mandamento constitucional e legal de *desconfiança*: a denúncia não será presumida falsa, claro – o que seria inclusive um contrassenso com seu recebimento –, mas deve ser lida com ceticismo pelo julgador.

Dito de outro modo, a presunção de veracidade que recai sobre os atos administrativos de modo geral *não tem incidência aos atos praticados no inquérito ou investigação policial ou ministerial*, por sua completa incompatibilidade com a presunção de não culpabilidade. É o que explica SEMER:

A presunção de legitimidade dos atos da administração, que é matéria típica de direito administrativo, não se comunica a um ato personalíssimo como é o de testemunhar.

A presunção da licitude repousa nos atos administrativos típicos, não em todos os atos dos agentes administrativos. Sua premissa está lastreada no bem comum que tem como norma a administração - quando ela é processada, a bem dizer, todos o são. Mas esta presunção para a administração não alcança o administrador pessoalmente para eximi-lo de qualquer responsabilidade administrativa. Tampouco se espria para o processo penal, em que o agente é testemunha e, tal como as demais, sujeito às restrições (impedimento e suspeição), às obrigações (compromisso e veracidade) e às responsabilidades por eventuais desvios (falso testemunho).

[...]

E é exatamente esta situação que ocorre no âmbito processual penal. O Estado, representado pelo Ministério Público, a quem delega a legitimidade ativa da ação penal pública, deve mesmo ingressar no Judiciário para poder vincular a outros. Não por outra razão, são exigidas inúmeras formalidades de seus atos: quanto ao auto de lavratura da prisão em flagrante, tanto quanto na sua oitiva, nas pessoas autorizadas a fazê-lo, na expedição da nota de culpa, enfim, de modo a comprovar desde o início a estrita regularidade. Nenhum deles será tido por legítimo sem essa comprovação.

Por óbvio, a situação não se altera quando se trata da testemunha policial. Presumir que diga a verdade porque é servidor público, e, portanto, tem fé pública, ou porque é agente policial, e, assim, trabalha sempre em prol da

segurança pública, resulta em tornar inócua a presunção de inocência, esta sim com estatutura constitucional, além de esvaziar o próprio sentido da jurisdição.

E aqui cabe o segundo ponto de crítica, pois não é possível considerar que, tendo sido recrutados para a repressão pelo Estado, devam ser os policiais, necessariamente, confiáveis ao juiz como meios de prova. O raciocínio que engloba tudo como Estado obscurece as particularidades inerentes à própria jurisdição. Não cabe ao Estado-Juiz pagar a confiança que deposita o Estado-Administração; a premissa da independência, inerente a toda atividade jurisdicional, implica em que *todos, inclusive o Estado, estejam sujeitos à julgamento*. Ao revés, para preservar a presunção de inocência, a atitude louvável do juiz criminal é a de duvidar das acusações até que elas sejam provadas.

Mas o que se revela nas decisões é muito mais do que uma aceitação crítica dos relatos trazidos pelas testemunhas (o que Gilmar Mendes chamaria de especial escrutínio), trata-se de uma credibilidade especial pelo poder com o qual a testemunha está investida (2020, p. 196-197).

Na mesma linha são as ponderações do professor AURY LOPES JR.:

Considerável doutrina e jurisprudência acabaram por criar, a nosso juízo equivocadamente, uma falsa presunção: a de que os atos de investigação valem até prova em contrário.

Essa presunção de veracidade gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. Também leva a que sejam admitidos no processo atos praticados em um procedimento de natureza administrativa, secreto, não contraditório e sem exercício de defesa.

Antes da promulgação do atual CPP, alguns códigos estaduais – como o da Capital Federal, segundo aponta ESPÍNOLA FILHO – previam que o inquérito policial acompanharia a denúncia ou queixa, incorporando-se ao processo e “merecendo valor até prova em contrário”. Provavelmente está aqui o vício de origem dessa rançosa doutrina e jurisprudência que seguiu afirmando esse valor aos atos do IP, quando o CPP não mais o contemplava.

Claro está que, se o legislador de 1941 quisesse conferir aos atos do IP esse valor probatório, teria feito de forma expressa, a exemplo da legislação anterior.

Outro aspecto que reforça nosso entendimento é a natureza instrumental da investigação preliminar. Serve ela para – provisionalmente – reconstruir o fato e individualizar a conduta dos possíveis autores, permitindo assim o exercício e a admissão da ação penal. No plano probatório, o valor exaure-se com a admissão da denúncia. Servirá sim para indicar os elementos que permitam produzir a prova em juízo, isto é, para a articulação dos meios de prova. Uma testemunha ouvida no inquérito e que aportou informações úteis será articulada como meio de prova e, com a oitiva em juízo, produz uma prova. Em efeito, o inquérito filtra e

aporta as fontes de informação úteis. Sua importância está em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado. A declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito, tanto que com a reforma de 2019/2020 esse tipo de prova não mais irá integrar os autos que serão remetidos para o juiz da instrução (lembrando que o art. 3º-C, § 3º, está suspenso pela decisão do Min. FUX).

Em síntese, o CPP não atribui nenhuma presunção de veracidade aos atos do IP. Todo o contrário, atendendo a sua natureza jurídica e estrutura, esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual servem para justificar o recebimento ou não da acusação. É patente a função endoprocedimental dos atos de investigação. Na sentença, só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal, com plena observância de todas as garantias (2021, p. 73).

Presumir que são verdadeiras as afirmações feitas pelo aparato policial ou pelo Ministério Público é algo que contraria frontalmente o art. 5º, LVII, da CR/1988 e o próprio art. 156 do CPP, porque retira do órgão acusador o ônus de efetivamente *provar* o que ele e sua estrutura institucional de apoio (a polícia) afirmam, substituindo esse ônus por uma *presunção de veracidade*. Não é necessário muito aprofundamento teórico no tema para perceber como isso subverte o princípio da presunção de *não* culpabilidade e o converte, na verdade, em uma presunção de que o réu é culpado, porque se não o fosse, a polícia e o Ministério Público não teriam feito as afirmações que fizeram.

De forma sutil e enviesada há, assim, uma inversão do ônus da prova no processo penal, cuja ocorrência nem é especialmente difícil de perceber.

A dificuldade que noto nas sentenças sobre a matéria é a de compreender como essa violação à presunção de não culpabilidade se consuma quando, entre a denúncia e a condenação, se interpõe a figura do agente policial prestando seu depoimento em juízo. Em tal situação, diriam muitos juízes, não é a denúncia que está sendo presumida verdadeira – o que violaria o princípio constitucional e a regra do art. 156 do CPP –, mas sim o testemunho do policial, meio de prova desvinculado da exordial. Consequentemente, quando o Ministério Público produz em juízo essa prova testemunhal, está adequadamente atendido seu ônus probatório. Outras sentenças, de forma ainda mais sutil, nem afirmam textualmente essa presunção de veracidade das palavras do policial, mas a tomam implicitamente como premissa quando trazem frases do tipo “o réu não comprovou nenhum interesse do agente policial em prejudicá-lo”.

Existem, nesse raciocínio decisório, incompreensões profundas quanto aos critérios de valoração racional da prova, que examinarei de forma mais detida no capítulo seguinte, mas também quanto à natureza do testemunho policial

e, mais amplamente, da força probatória que a legislação atribui às declarações unilaterais da polícia.

É importante esclarecer, em primeiro lugar, que o direito penal exige a intermediação do Judiciário para a imposição de penas, que deve sempre se pautar na prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. É o que anunciam os axiomas A7 (*nulla poena sine iudicio*) e A9 (*nulla accusatio sine probatione*) e A10 (*nulla probatio sine defensione*) da teoria garantista clássica de LUIGI FERRAJOLI (2014, p. 91), e o que se depreende do art. 155 do CPP.

A exigência de que a prova seja *judicializada* impede que seja presumida legítima, como se faz no direito administrativo, a atuação da polícia no inquérito. Caso contrário, se essa veracidade fosse realmente presumível, a legislação dispensaria a produção de provas de autoria e materialidade em juízo como um requisito da condenação, invertendo-se a lógica atualmente vigente: ao *Parquet* caberia somente apresentar o inquérito, enquanto à defesa competiria desfazer sua presunção de legitimidade. Não é esse, claramente, o sistema legal.

Confirmam essa inexistência de presunção de veracidade os art. 158-A a 158-F do CPP, que detalham os procedimentos da cadeia de custódia da prova a partir de um fundamento central: é ônus do Estado comprovar que nenhum dos vestígios do crime foi adulterado por seus agentes, não se admitindo a simples palavra dos policiais, “presumidamente verdadeira”, como meio probatório de integridade do corpo de delito. Ao contrário, a lei elenca um rol de exigências bastante específicas, devidamente documentadas, corroboradas, independentemente comprovadas e passíveis de refutação e verificação pela parte interessada. Confira-se, sobre o tema, o que diz GERALDO PRADO, em seu obrigatório *A cadeia de custódia da prova no processo penal*:

Reitere-se, neste campo, não há espaço para conceitos da antiga tradição do processo penal brasileiro, como da ‘fé pública’, porque a interpretação dominante no âmbito das tradições democráticas a que nos filiamos, pós-1988, elege o princípio da “desconfiança” como norteador das ações e da avaliação judicial (2021, p. 197).

O cerne de minha visão é a constatação de que o depoimento policial visa a conferir legitimidade a um ou mais dos atos praticados durante o inquérito, justamente atos aos quais a lei nega qualquer presunção de veracidade e institui, diversamente, um regime pautado na desconfiança e no ceticismo por parte do julgador. Por isso, atribuir ao testemunho do policial essa presunção configura

um “drible hermenêutico” aos arts. 155, 156 e 158-A a 158-F do CPP, com o resultado prático de se presumir verdadeiro um apontamento fático que se confunde com a própria narrativa da acusação, sendo dela indissociável, e inverter o ônus da prova contra a defesa.

É o que pensam, também, JESUS e RIGON:

A consequência fundamental, em termos de dogmática processual penal, da aplicação da presunção de veracidade no depoimento dos policiais ocorre no plano probatório do processo penal, mais especificamente na inversão do ônus probatório, pois, nessa lógica, caberá ao acusado comprovar que o testemunho do agente público não é verdadeiro ou, no mínimo, apresentar versão contrária e demonstrá-la. Ou seja: “[...] se os depoimentos dos policiais confirmam a imputação veiculada na denúncia [...], não há alternativa à defesa, a quem caberá provar a inocência do réu” (CASARA, 2015, p. 150), o que significa, na práxis, uma indevida inversão do encargo probatório, porque o princípio constitucional da presunção de inocência no direito processual penal brasileiro veda tal prática (2019, p. 111)

Presumir verdadeiros os depoimentos de policiais, além de inverter veladamente o ônus da prova contra a defesa, constitui verdadeira *injustiça epistêmica*, inadmissível em sistemas jurídicos que aspiram à racionalidade. A expressão, cunhada pela filósofa britânica MIRANDA FRICKER, tem como finalidade

delinear uma classe específica de injustos, especificamente aqueles em que uma pessoa é ingenuamente rebaixada ou prejudicada em seu status de sujeito epistêmico. Um primeiro ponto a suscitar é que esse tipo de injustiça epistêmica é fundamentalmente uma forma de discriminação direta ou indireta. A causa da injustiça testemunhal é um preconceito através do qual o declarante é mal julgado e percebido como epistemologicamente inferior (uma discriminação direta). Isso tenderá a produzir efeitos negativos sobre como o declarante é percebido e tratado também na esfera “não epistêmica” – aspectos secundários do injusto intrínseco. A causa da injustiça hermenêutica é uma desigualdade subjacente de oportunidades hermenêuticas – especificamente, marginalização hermenêutica em relação a alguma área de experiência social. Isso coloca o declarante em uma desvantagem injusta para compreender ou fazer com que outros compreendam uma experiência desse tipo (2017, p. 53).

No coração da injustiça epistêmica está, pois, a hiper ou subvalorização da capacidade de determinado sujeito, simplesmente por ser quem é, de apreender e relatar sua experiência pessoal. Uma coisa é reconhecer vieses cognitivos e riscos objetivamente constatáveis em determinados tipos de relatos, capazes

de impactar de forma relevante sua credibilidade, o que não é injusto e é inclusive um imperativo de racionalidade na administração da justiça. Outra, completamente diferente, e nisso reside a injustiça epistêmica, é atribuir *pontos de partida* (ou presunções) distintos a partir de critérios irracionais e essencialmente subjetivos.

A introdução de FRICKER à obra em que desenvolve o tema com mais detalhes traz também uma conceituação didática, na classificação da injustiças entre *testemunhal* e *hermenêutica*, que pode auxiliar esta exposição:

A injustiça testemunhal ocorre quando o preconceito leva um ouvinte a conferir menor valor de credibilidade à fala do locutor; a injustiça hermenêutica ocorre em um momento anterior, quando um vácuo de recursos interpretativos coletivos coloca alguém em uma desvantagem injusta na atribuição de sentido a suas experiências sociais. Um exemplo da primeira seria o do policial que não acredita em você porque você é negro; um exemplo da segunda seria o de você sofrer assédio sexual em uma cultura que ainda não tem esse conceito crítico. Podemos dizer que a injustiça testemunhal é causada pelo preconceito na economia da credibilidade; e que a injustiça hermenêutica é causada pelo preconceito estrutural na economia dos recursos hermenêuticos coletivos (2007, p. 1).

Esses prolegômenos à fascinante obra de FRICKER já são, como se percebe, bastante densos filosoficamente, e nem tenho a pretensão de destrinchá-los nesta oportunidade. Considero sua classificação valiosa porque, em princípio, a situação tratada nos autos – presunção de veracidade das alegações dos policiais e de mentira na versão do réu – pareceria enquadrar-se no conceito de injustiça testemunhal pura e simples. A leitura anual de centenas de sentenças em ações penais por tráfico de drogas (e de infrações “investigadas” e punidas de maneira similar, como roubo e furto), contudo, nos dá a impressão de que estamos diante também de uma profunda injustiça hermenêutica.

O réu não tem sua narrativa ignorada pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Judiciário apenas por sua condição de réu, sua cor, sua classe social ou seu endereço, o que caberia na definição de injustiça testemunhal. Na realidade, *as manifestações endo e extraprocessuais desses atores da administração da Justiça dão a impressão de que, em seu repertório lexical coletivo, sequer existem as ferramentas linguísticas para considerar a possibilidade de inocência do réu*. Em ações penais decorrentes de uma prisão ou apreensão em (suposto) flagrante, o sistema jurídico pátrio parece considerar a expressão “acusado inocente” uma impossibilidade lógica, uma antítese que somente seria vislumbrada por pessoas inimigas da polícia ou do combate à criminalidade.

A grande quantidade de sentenças e acórdãos dos Tribunais locais nos quais sequer é oferecida alguma razão – mesmo dentre aquelas genéricas a que me referi no tópico I – para privilegiar o testemunho policial mostra que, na verdade, existe exatamente o “vácuo de recursos interpretativos coletivos” mencionado por FRICKER como elemento central da injustiça hermenêutica. Na *novilíngua orwelliana* desenvolvida em décadas de processo penal autoritário, gestado no seio do regime autocrático do Estado Novo, é como se simplesmente não houvesse o vocábulo *inocência*. Nele proliferam, ao contrário, expressões que sanitizam uma realidade por todos conhecida e conferem ares de legitimidade a atuações policiais quiçá pouco republicanas, como “atitude suspeita”, “denúncia anônima” e “confissão informal” – todas elas presentes no caso destes autos. Não surpreende, daí, que a possibilidade de absolvição do réu acusado por um ou dois policiais nem atravesse a motivação das sentenças.

Em síntese do que foi trabalhado até aqui, podemos concluir que: (I) o depoimento policial apresenta seus próprios riscos de vieses, de interesse pessoal na condenação do acusado e, em casos extremos, até mesmo de corrupção pura e simples; (II) se a palavra do policial é suficiente para condenar, mesmo sem outros meios de corroboração, não há uma forma objetiva de controlar esses riscos e evitá-los, senão (unicamente) os valores morais do próprio policial; (III) não é juridicamente válido – e consistiria injustiça epistêmica – atribuir ao testemunho policial uma posição prévia de superioridade, ou uma presunção de veracidade, sobre a versão do réu; (IV) imputar ao acusado o ônus de comprovar a falsidade das afirmações do policial é medida que viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e inverte os encargos probatórios distribuídos no art. 156 do CPP; e (V) admitir a condenação baseada unicamente nos depoimentos policiais equivale a dizer, na prática, que basta que alguém seja acusado por uma autoridade estatal para que sofra uma condenação penal.

Diante dessa conjuntura em que não há prevalência de uma narrativa sobre outra, resta para o magistrado o desafio epistêmico de proferir uma decisão racional sobre os fatos, já que não é possível presumir a veracidade do testemunho da polícia nem do depoimento pessoal do réu. É esse desafio o tema do próximo capítulo.

III – Sistemas de valoração da prova, justificação racional e standards probatórios

III.1 – Resgate teórico do assunto

No cerne da controvérsia sobre o peso valorativo dos depoimentos policiais estão dois elementos fundamentais do direito probatório.

O primeiro é o dos sistemas de valoração da prova, em que se opõem, de modo geral, o regime da prova tarifada – há séculos obsoleto – e o da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, ou da livre apreciação da prova pelo juiz, adotado pelo direito brasileiro e pela família romano-germânica como um todo.

O segundo é o interessantíssimo tema dos *standards* probatórios, em que se busca definir, nas palavras da jusfilósofa americana SUSAN HAACK “o grau de prova exigida, i.e., quão forte a prova deve ser para que o ônus probatório se considere satisfeito” (2012, p. 211). Ou, na formulação mais detalhada do processualista italiano MICHELE TARUFFO, “o grau em que a verdade de uma afirmação factual deve ser confirmada pelas provas disponíveis, como condição para considerar tal afirmação como provada e então como verdadeira naquele contexto” (2014, p. 96).

Retomarei essas duas definições em instantes.

Ainda no regramento jurídico-processual do fenômeno da prova, é possível distinguir, de modo geral, dois tipos de regras juspositivas.

Um primeiro grupo se refere às regras de formação do conjunto probatório, indicando quais provas podem ser produzidas, excluídas ou incorporadas ao processo judicial, a partir de critérios de sua necessidade e admissibilidade. É aqui que se inserem as disposições do art. 400, § 1º, do CPP, que confere ao juiz o poder de julgar a necessidade de produção de determinada prova, e do art. 157 do CPP, que institui a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas originárias e derivadas. Trata-se, pois, do grupo de normas sobre a entrada (como nos arts. 231, 396-A e 400, § 1º, do CPP) e exclusão (art. 157 do CPP) de provas do processo. Esse primeiro conjunto costuma concentrar a maior quantidade de normas sobre o direito probatório, ainda que sua extensão varie bastante de um país para outro.

Há, porém, um segundo conjunto relevante de normas jurídicas, referente ao momento climático do processo judicial: aquele em que as provas são enfim valoradas, a fim de se definir quais hipóteses apresentadas pelas partes encontram-se provadas. Sobre esse ponto específico, a legislação brasileira nos diz pouquíssimo, limitando-se a instituir basicamente três regras gerais: (I) a adesão ao sistema de livre apreciação da prova, na forma do art. 155 do CPP; (II) a distribuição dos ônus da prova, no art. 156 do CPP; (III) a garantia de motivação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da CR/1988 e adensada em dispositivos legais esparsos, como os arts. 315, § 2º, do CPP e 489, § 1º, do CPC.

É nesse segundo conjunto que se enquadram os dois conceitos com os quais abri este capítulo: o de sistema de apreciação da prova, por meio do qual o legislador estabelece se o juiz será vinculado (prova tarifada) ou não (livre apreciação) a pesos probatórios preestabelecidos; e o de *standard* probatório, ferramenta hermenêutica a ser aplicada pelo julgador para definir se determinada hipótese está ou não provada.

Em minha compreensão, *ao admitir a condenação do réu a partir dos depoimentos dos policiais que o prenderam – e nada mais –, nossa jurisprudência não adota nem a melhor interpretação do que é, realmente, o sistema de livre apreciação da prova, nem uma boa definição do standard probatório aplicável à hipótese acusatória no processo penal*. Penso, por isso, ser necessário esclarecer algumas percepções sobre o tema, recuperando sua evolução histórica na doutrina internacional.

Assim o faço porque, diante do silêncio legislativo, a tendência principal da produção jurídica brasileira – com insígnies exceções, que buscarei referenciar na medida do possível – é considerar que, no sistema de livre valoração da prova, se considerará provado aquilo que, segundo o convencimento do juiz, assim for apontado na motivação da sentença. Essa concepção dominante, como se percebe, é de natureza eminentemente subjetiva, e embasa inclusive a orientação jurisprudencial sobre a possibilidade de condenar com espeque unicamente nos depoimentos de policiais. O importante, para essa corrente, é a construção do convencimento pessoal do magistrado a respeito dos fatos, sem amarras jurídicas prévias (exceto aquelas referentes à admissibilidade das provas, integrantes do primeiro conjunto de regras sobredito); seu foco recai, por conseguinte, na exigência de que a sentença esteja adequadamente motivada quanto à exposição dos argumentos que embasaram a formação da convicção psíquica, pessoal e subjetiva do juiz.

É por isso que os tribunais pátrios anunciam que o testemunho policial é suficiente para justificar a condenação do réu. Nessa ótica, se o direito dá ao juiz a *liberdade* (art. 155 do CPP) para apreciar a prova, e o julgador expõe na sentença as razões que o levaram a atribuir maior credibilidade à narrativa da polícia do que à versão do réu, inexistiria vício de legalidade a sanar. É dessa compreensão que germinam arestos como os que analisamos cotidianamente, e inclusive como o que foi proferida nestes autos, os quais estabelecem a seguinte estrutura argumentativa: “as testemunhas afirmaram X; a defesa afirmou Y. Considerando a existência de prova testemunhal da versão X, e a inexistência de prova da versão Y, convenço-me de que a versão X está correta e julgo procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o réu”.

Entendimento similar é manifestado por PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, quando conclama os Tribunais Superiores ao estabelecimento de critérios mais objetivos em matéria probatória:

O discurso corrente entre os órgãos do Poder Judiciário brasileiro em matéria de valoração da prova versa especialmente sobre a liberdade conferida ao juiz de formar seu convencimento a respeito dos aspectos fáticos da causa sem se preocupar, sobremaneira, contudo, sobre o que torna determinado elemento de prova merecedor de maior relevância que outro para a solução do litígio ou sobre o grau de convencimento exigido para considerar determinada hipótese provada. Ao se analisar referida matéria, afirma-se, em geral, que o juiz apreciará com prudência a prova a partir de máximas de experiência e exporá na motivação as razões que o convenceram a considerar determinada alegação verdadeira ou não.

[...]

Em síntese, no direito brasileiro, manifesta-se o seguinte dilema: o julgador não está vinculado a qualquer eficácia legal atribuída às provas de modo prévio, ele pode apreciá-las livremente, desde que exponha em sua decisão os motivos que o levaram a considerar determinada hipótese provada ou não. O controle a respeito dessa atividade, no entanto, é limitado, pois, em função da crença de que os juízes são livres para a formação de seu convencimento, não são impostos a eles quaisquer tipos de parâmetros a serem observados nas atividades de valoração da prova. Nesse sentido, não é incomum, por exemplo, que uma mesma máxima de experiência seja utilizada em sentido distinto em casos análogos, ou que se apliquem *standards* probatórios distintos para as mesmas relações jurídicas de direito material (2020, p. 499-500).

Corrijam-nos os doutos pares se estivermos LUCON e eu equivocados, mas é exatamente isso que proclama a jurisprudência prevalecente em nossa nação.

Acontece que *essa leitura do sistema de livre apreciação da prova já foi abandonada há décadas em outros países*, e não mais reflete o *estado da arte* na epistemologia probatória. Com efeito, basicamente todos os sistemas jurídicos desenvolvidos que adotam o sistema da livre apreciação da prova passaram por essa interpretação em algum momento, mas dela abdicaram ao longo do século XX em favor do estabelecimento de regras mais objetivas e limitadoras de arbítrios. É bastante seguro dizer, portanto, que a interpretação do art. 155 do CPP majoritária no Brasil encontra-se ultrapassada e reclama uma urgente releitura, à luz da volumosa doutrina produzida sobre o tema em outros países e que começa, agora, a ganhar fôlego em terras pátrias.

O fundamento principal da superação do paradigma subjetivo do sistema de livre apreciação da prova é a necessidade de tornar mais claros e previsíveis

os critérios dos quais o juiz pode se utilizar na valoração da prova. Isso porque, numa perspectiva subjetiva, a única maneira de efetivamente controlar a validade epistêmica de uma sentença seria mergulhar nas profundezas da psique do julgador, a fim de aferir se a motivação declinada na sentença corresponde às razões de seu convencimento. Diante da impossibilidade prática desse exame, a consequência é que o regime subjetivo – chamado por MICHELE TARUFFO de *irracional* – é a inexistência de parâmetros jurídicos pré-cognoscíveis para o controle das decisões judiciais em matéria de valoração probatória.

Na prática, no sistema subjetivo o juiz pode fazer qualquer afirmação sobre a prova, desde que a fundamente. Embora garantida no art. 93, IX, da CR/1988, a motivação das decisões judiciais, com essa leitura, passa a não constituir garantia nenhuma, servindo ao contrário para legitimar toda sorte de arbítrio, dada a completa desvinculação do julgador até mesmo quanto ao sentido objetivo das palavras e das provas. O problema é denunciado por LENIO STRECK com primor:

Desde o socialismo processual (Menger, Klein, Büllow) se pensava que o juiz era o protagonista e que tinha livre convencimento. Em outras palavras, ele era livre para decidir, desde que, depois, justificasse. Como se a justificação ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia, exatamente, no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade (2016, p. 109-110).

Creio que não haverá dificuldade dos eminentes pares em perceber que é esse o estágio em que se encontra a jurisprudência brasileira.

O fenômeno da superação do paradigma subjetivo não foi simultâneo em todo o Ocidente, mas aconteceu em momentos diversos.

Sem pretensão de exaurir o resgate histórico do tema, destaco que um de seus marcos iniciais pode ser identificado no trabalho de JOHN HENRY WIGMORE, cuja *opus magnus* citei no tópico anterior. 8 anos após a publicação daquele tratado, WIGMORE atentou para o fato de que o exame jurídico da prova não termina com sua inclusão nos autos processuais, etapa que lhe é preparatória. Diversamente, para WIGMORE, o centro lógico do processo está no segundo momento, quando se analisam as provas admitidas para delas extrair a reconstrução dos fatos:

O estudo dos princípios probatórios, para o advogado, enquadra-se em dois aspectos distintos. Um é a prova em seu sentido geral – a parte relativa aos processos de raciocínio da persuasão contenciosa – mente a mente, advogado

a jurado, cada parte buscado mover a mente do tribunal. A outra parte é a admissibilidade – as regras procedimentais impostas pela lei, e baseadas na experiência judicial e na tradição, para resguardar o tribunal (especialmente o júri) contra persuasões errôneas. Até o presente momento, esta segunda parte tem tido destaque em nossos estudos formais – tem, de fato, os monopolizado; enquanto a primeira, virtualmente ignorada, foi deixada à sorte da apreensão posterior, casual e enfática, no curso da prática.

O fato é que existe, e deve existir, uma ciência probatória – os princípios da prova – independente das regras artificiais do procedimento; logo, ela pode e deve ser estudada. Essa ciência, certamente, é ainda pouco formulada ou incapaz de formulação. Mas justamente por isso há ainda mais necessidade de investigá-la e desenvolvê-la. Outrossim, o processo da prova é o mais importante dos dois – com efeito, ele é o propósito final de cada investigação judicial. As regras procedimentais de admissibilidade são apenas um auxílio preliminar à atividade principal, a persuasão da mente do tribunal a uma conclusão correta por materiais seguros. Esse procedimento principal é a razão de ser do júri, e é nele que o dever dos advogados está focado. Vital como é, seus princípios seguramente exigem estudo (1913, p. 77-78).

A partir dessa inquietação, WIGMORE desenvolveu um complexo modelo esquemático e gráfico de valoração da prova, voltado inclusive ao controle jurisdicional de vereditos proferidos pelo tribunal do júri, dadas as peculiaridades do sistema jurídico norte-americano. As próximas décadas do século XX assistiram a uma grande proliferação de estudos que, influenciados diretamente ou não pelas lições de WIGMORE, buscaram tornar menos subjetiva a valoração da prova e vinculá-la a *regras epistêmicas, jurídicas e linguísticas* previamente definidas.

As contribuições de WIGMORE têm sido retomadas em tempos mais modernos no campo da probabilidade e da inteligência artificial, para a construção de sistemas computacionais preditivos da probabilidade de culpa ou inocência de um acusado em processos judiciais hipotéticos. Nem todos os pensadores da epistemologia probatória aderem à tradição de WIGMORE, tampouco ao raciocínio probabilístico-estatístico; alguns de seus principais nomes – como a própria SUSAN HAACK – o repudiam fortemente, mas a relevância do tema merecia esse breve reconhecimento.

Nos sistemas jurídicos europeus continentais, o início do abandono do paradigma subjetivo de valoração da prova tardou um pouco, estando mais próximo do fim da Guerra Fria. Veja-se, a propósito, este aresto do *Bundesgerichtshof* (BGH), Tribunal alemão que desempenha função análoga ao

STJ, proferido na década de 1950, poucos anos após advento da *Grundgesetz*. Chamo atenção especificamente para a similaridade linguística com julgados atuais de nosso país, demonstrando que a concepção subjetiva aqui ainda dominante já imperou na Alemanha de outrora:

Livre apreciação da prova significa que o único fator importante para responder à questão da culpabilidade é se o juiz de fato estava convencido de certo fato ou não; essa certeza pessoal é imprescindível para a condenação, mas também lhe é suficiente. A ideia da convicção não exclui a possibilidade de uma outra situação, ou mesmo oposta; ao revés, é da sua natureza estar frequentemente exposta a outras dúvidas objetivamente possíveis. [...] Consequentemente, é tarefa do juiz – e dele apenas – a questão de decidir sobre a culpabilidade, sem vinculação a regras probatórias legais e confiando apenas em sua consciência para superar dúvidas possíveis e convencer-se ou não de certo fato (BGH, 2º Senado Criminal, StR 508/56, julgado em 9/2/1957).

Compare-se o trecho acima transcrito, agora, com um aresto mais recente, proferido no julgamento de um caso de estupro em que se avaliava a credibilidade de uma testemunha de acusação, e perceba-se a mudança de paradigma. Em vez de focar-se no convencimento pessoal do juiz, o BGH deslocou o centro de sua análise para a existência de critérios probatórios objetivos, racionais e intersubjetivamente controláveis como requisitos para embasar uma sentença judicial:

O acusado não pode ser condenado se existirem ou forem presumíveis (porquanto irrefutáveis) em seu favor circunstâncias que, por fundamentos racionais (*intersubjetivamente comunicáveis e compreensíveis*), não permitirem a conclusão de que a coincidência entre o testemunho e os fatos é altamente provável (BGH, 2º Senado Criminal, StR 551/87, julgado em 8/1/1988).

Mais recentemente, em um caso envolvendo tráfico de drogas, o BGH – que também não faz reexame probatório, tal qual o STJ – reforçou seu já firmado entendimento acerca do sistema de livre apreciação das provas, com ensinamentos que podem inclusive ser aproveitados no contexto brasileiro da recorribilidade excepcional:

O Tribunal de Revisão pode e deve controlar se a convicção do juiz de fato em suas conclusões e valoração da prova tem uma *base objetiva suficiente*. [...] Assim, os fundamentos da decisão do tribunal de fato devem mostrar que a *valoração da prova está ancorada em uma base sólida, racionalmente compreensível*, e que a conclusão do juiz de fato não é somente uma presunção ou palpite capaz de

justificar nada mais que uma suspeita (BGH, 2º Senado Criminal, StR 378/13, julgado em 22/8/2013).

A atenção ao campo semântico dessas breves transcrições nos mostra que uma mudança de lente significativa aconteceu entre o primeiro precedente, de 1957, e os dois últimos, proferidos em 1988 e 2013. A linguagem empregada no primeiro – “convencimento”, “certeza pessoal”, “consciência” –, de matiz eminentemente subjetivo, difere em muito daquela do segundo e terceiro julgados – “comunicação e controle intersubjetivos”, “valoração racional”, “base objetiva”.

O exemplo alemão é especialmente relevante porque o § 261 da *Strafprozeßordnung* (StPO, o CPP germânico) usa basicamente a mesma expressão brasileira, ao afirmar que o juiz decidirá a partir da “livre apreciação judicial da prova” (*freien richterlichen Beweiswürdigung*). A partir de um momento inicial de interpretação predominantemente subjetiva do referido dispositivo, no qual o direito brasileiro ainda se encontra na leitura do art. 155 do CPP, a doutrina alemã concluiu que a valoração probatória não pode ser um campo avesso à penetração de regras jurídicas, sob pena de se legitimarem arbítrios incontroláveis. Como consequência, ao avaliar as provas de determinado processo, mesmo que não esteja preso a um sistema de pontos matemático como na época medieval, o julgador é vinculado, sim, a regras jurídicas e extrajurídicas (principalmente epistêmicas). É o que explica JENS BÜLTE, comentando o § 261 da StPO:

Entretanto, “livre” não significa desvinculação das leis do pensamento da lógica e das ciências naturais. Na verdade, a expressão significa a liberdade de regras de prova, isto é, limitações jurídicas que determinam como uma circunstância concreta deve ser valorada de acordo com o direito probatório (2014, p. 603).

A semelhança com o pensamento original de WIGMORE, nos EUA, é evidente. Não por acaso, ao se referir ao vocábulo “livre” (*frei*), em “livre apreciação da prova” (*freie Beweiswürdigung*), CLAUS ROXIN admoesta: “o juiz não é tão livre na formação de sua convicção como parece enunciar o texto do § 261” (2003, p. 104). Na mesma linha, MICHAEL BOHLANDER – magistrado alemão e professor da Universidade de Durham, no Reino Unido – resume que “livre apreciação da prova (§ 261) não significa um vale-tudo no que o Tribunal extrai das provas que lhe são apresentadas” (2011, p. 27), mas somente a superação do antigo regime de prova tarifada.

A progressiva mudança jurisprudencial alemã não surgiu *ex nihilo*. Durante a segunda metade do século XX, multiplicaram-se na Europa estudos acadêmicos defendendo o abandono do paradigma subjetivo de interpretação do sistema de livre apreciação da prova, e não seria injusto atribuir o protagonismo desse movimento intelectual ao mesmo MICHELE TARUFFO que citei há pouco.

Ativo nos estudos probatórios desde os anos 1970, foi em 1992 que ele publicou *La prova dei fatti giuridici*, seu trabalho mais incisivo até então na defesa de uma concepção racionalista da valoração probatória. Com precisão, TARUFFO explica que *não há apenas duas opções no exame da prova: ou a prova tarifada, ou o subjetivismo completo do julgador*. É possível, diferentemente, manter na livre apreciação da prova um sistema de persuasão racional pautado na valoração dirigida por critérios epistêmicos objetivos, ainda que seja necessário, para tanto, buscar os ensinamentos de ciências outras. Com a palavra, o mestre italiano:

O irracionalismo na valoração da prova não é, pois, a única alternativa à prova legal e, ao contrário, esta não é o único remédio contra os riscos ínsitos ao subjetivismo da livre convicção do juiz. Não é infrequente que se apresentem assim essas alternativas, o que supõe uma concepção fortemente redutiva e substancialmente cética dos métodos aplicáveis ao fenômeno probatório: em efeito, *o que resta excluído da rígida alternativa entre a lei e a intuição subjetiva é precisamente a possibilidade de usar critérios racionais para a determinação judicial dos fatos*.

Apesar disso, parece evidente que esta possibilidade é precisamente a via que permite subtrair a valoração da prova da soma negativa da prova legal e da concepção irracional da convicção do juiz (2005, p. 399-400).

TARUFFO não poderia estar em melhor companhia na defesa dessas conclusões. Também na Itália da década de 1990, LUIGI FERRAJOLI apresentou argumentos bastante similares para criticar a incompreensão que o modelo subjetivo de valoração da prova revela quanto ao real significado do sistema de livre apreciação:

O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da “livre convicção”, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade *foi acriticamente entendida como um critério discricionário de*

valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juizes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa (2014, p. 133-134).

Os ensinamentos de FERRAJOLI e TARUFFO apontam na mesma direção, pelo menos nessa questão específica: o sistema de livre valoração da prova significa, em última instância, apenas a negação do sistema da prova tarifada. Não há em seu conteúdo, no entanto, nenhuma autorização para que o juiz analise a prova como bem entender, bastando que motive as razões psíquicas da formação de seu convencimento. O sistema de livre apreciação repudia tal nível de subjetivismo e exige a deferência a regras gerais de racionalidade, desenvolvidas no campo fértil da epistemologia da prova. Ou, como leciona a professora espanhola CARMEN VÁZQUEZ:

A partir dessa perspectiva epistêmica são os elementos de prova em si que justificam uma decisão, e não o fato de produzirem um estado mental ou outro no julgador dos fatos (o que seria próprio de uma concepção subjetivista ou psicologista da prova) (2021, p. 109).

Caso contrário, simplesmente não haveria um meio de controlar objetivamente as razões pelas quais o julgador entende provado determinado fato, senão pela convicção (também subjetiva, psíquica e pessoal) dos membros de um tribunal de apelação. E, sem a possibilidade prática do controle intersubjetivo, as garantias fundamentais do acusado tornam-se meros recursos retóricos, sem força vinculante. Esse cenário gera uma espécie de solipsismo hermenêutico, em que a sentença e sua fundamentação não são objetivamente falseáveis, já que calcadas em circunstâncias psíquicas conhecidas apenas do julgador e de mais ninguém.

É a isso que ROXIN alude quando alerta:

A objetivização exposta da “livre” valoração da prova é também especialmente importante, já que através de sua consideração puramente subjetiva de formação da convicção se deixa de lado o princípio *in dubio pro reo* (2003, p. 105).

Qualquer retrato da evolução histórica da concepção racional da prova, breve que seja, ficaria incompleto sem destacar as contribuições de JORDI FERRER-BELTRÁN, professor da Universidade de Girona e, possivelmente, seu mais prolífico defensor na atualidade. Tributário dos ensinamentos de TARUFFO, FERRER-BELTRÁN conferiu densidade e operacionalidade a diversas ideias do jurista italiano, e é dele um excelente resumo da interpretação que ora apresento: “a concepção racionalista baseia a justificação da decisão sobre os fatos provados no método de corroboração de hipóteses, *não na crença de algum sujeito*” (2021, p. 96).

Obviamente não se pretende, aqui, “americanizar” ou “europeizar” o direito pátrio, até porque os sistemas jurídicos de EUA e Europa Ocidental enfrentam suas próprias dificuldades em assuntos diversos. Nem proponho a incorporação acrítica de institutos jurídicos desses países em nosso direito processual penal, como se sua procedência estrangeira fosse suficiente para justificar uma superioridade dogmática em relação à experiência brasileira. A questão é que, na específica matéria da epistemologia da prova, existe um *gap* entre a jurisprudência pátria e as produções acadêmicas já consolidadas há algumas décadas em outras nações. Nada impede, assim, que reconheçamos eventuais limitações da práxis forense brasileira e a melhoramos pela observação do vasto conhecimento já produzido e confirmado em países cuja tradição democrática dizemos integrar.

Todo esse desenvolvimento nos EUA, na Alemanha, na Itália e na Espanha não passou despercebido à doutrina brasileira. VITOR DE PAULA RAMOS, tradutor da obra de FERRER-BELTRÁN, bem ecoa o amadurecimento intelectual do tema no exterior, quando argumenta que, num sistema de persuasão verdadeiramente racional, deve-se buscar

uma forma de decisão que não dependa exclusivamente de um sujeito, e que possa ser intersubjetivamente controlável; em outras palavras, para que algo possa ser considerado provado, o convencimento, a crença pessoal do juiz a respeito dos fatos, não só deverá deixar de importar, mas também deverá ser deixada de lado na definição daquilo que está provado: deve-se, em outras palavras, verificar o que está provado objetivamente (2020, p. 758).

O leitor atento observará, na fala de RAMOS, a mesma relação entre *objetividade e controle intersubjetivo* que o BGH já proclamava em 1988, demonstrando que estamos diante de um processo histórico de evolução acadêmica e pretoriana ao qual o Brasil não pode ficar alheio.

Ressalto que as propostas de TARUFFO e FERRER-BELTRÁN não são unânimes na Europa ou no *common law*; de fato, há diversas escolas com abordagens metodológicas fundamentalmente distintas na definição de critérios de valoração da prova. A perspectiva racionalista é a que congrega as linhas de pesquisa mais estudadas, mas há doutrinadores focados, por exemplo, na definição probabilística de determinada hipótese valendo-se do instrumental estatístico do teorema de THOMAS BAYES, ou mesmo da lógica de FRANCIS BACON, só para citar dois das mais conhecidos referenciais teóricos. Entre todas essas escolas, porém, há algo em comum: elas partem da compreensão de que a livre apreciação da prova não pode se pautar no convencimento pessoal e subjetivo do juiz. Tais abordagens, não raro complementares, discutem se o norte interpretativo da valoração da prova é a estatística, a lógica baconiana, a corroboração de hipóteses etc., mas nenhuma deixa essa atividade nas mãos do binômio convencimento-motivação.

Esse rápido passeio acadêmico internacional nos permite estabelecer, a esta altura, outra conclusão intermediária de fundamental importância: ao contrário do que proclama a maior parte de nossa magistratura, o sistema de livre apreciação da prova não se satisfaz com a exposição, na sentença, dos motivos que levaram à formação da convicção do juiz, mas requer que a conclusão do julgador sobre a prova seja objetivamente justificada e controlável. Também por isso, e apesar do silêncio do legislador, a livre apreciação da prova convive com o estabelecimento de critérios interpretativos e epistêmicos prévios, derivados das leis da racionalidade e das ciências, de modo a permitir a justificação jurídica e democrática (e não apenas a motivação) da sentença.

No fim das contas, a atual leitura do art. 155 do CPP dominante em nosso país talvez se deva à imprecisão terminológica do dispositivo, aparentemente herdada do § 261 da StPO, mas presente, a bem da verdade, nos diversos textos legais congêneres em países do Ocidente. Quando fala em “livre” apreciação da prova, da mesma forma que fazia o art. 131 do CPC/1973 no âmbito do processo civil, o CPP pode ter estimulado uma interpretação apressada que confundiu o conceito de liberdade (enquanto oposto ao de tarifação da prova) com a ausência de parâmetros jurídicos objetivos. É pertinente, nesse contexto, a crítica feita por LENIO STRECK à expressão “livre convencimento motivado” – sendo digna de elogios a diligência do professor em buscar a remoção dessa expressão do atual CPC:

Um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do livre convencimento e da livre apreciação da prova. Simbolicamente isso representa o

desejo de mudar. E saltar paradigmaticamente. Com efeito, seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista performativo, “livre convencimento” (ou livre apreciação da prova) não é o mesmo que “decisão fundamentada”. Isso porque da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção de se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja, mas deve explicitar com base em que razões, que devem ser *intersubjetivamente sustentáveis*, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni. É claro que nenhuma decisão se dá no vácuo, mas num contexto histórico-institucional. Todavia, na sua fundamentação, o juiz deve posicionar-se explicitamente em relação a esse contexto institucional (2015, p. 48-49).

Com o risco de soar repetitivo, aponto a ênfase no controle intersubjetivo da decisão judicial dada por STRECK nessa temática, tal como fazem o BGH, VITOR DE PAULA RAMOS e tantos outros.

Por tudo isso, não é verdadeira nem suficiente a simples afirmação de que o sistema de livre apreciação da prova, supostamente infenso a limitações na formação do *convencimento* do juiz, permitiria condenações fundadas somente nos depoimentos de agentes policiais, quando o magistrado se *convence* de sua veracidade. Para que realmente se atenda à exigência jurídica do art. 155 do CPP, é necessário ir além e aferir se a hipótese acusatória amparada nos testemunhos dos policiais vence, de maneira objetiva (intersubjetivamente controlável) e seguindo as regras do pensamento racional, o *standard* probatório exigido para uma condenação.

III.2 – Definição de standards e critérios

A tarefa em que embarcamos não é fácil, porque o legislador não definiu qual é o *standard* probatório aplicável ao processo penal e porque os critérios de valoração racional da prova não estão postos explicitamente na legislação, a qual nos dá somente indicativos de quais seriam eles; mesmo assim, o juiz não pode se esquivar de executá-la, haja vista a vedação ao *non liquet*. A atividade é ainda mais importante no âmbito de um Tribunal Superior, de quem se espera o estabelecimento de diretrizes, inclusive em matéria probatória, para orientar a interpretação da legislação federal (na qual se insere o art. 155 do CPP) pelas instâncias ordinárias.

Inspiradas na tradição do *common law*, não são poucas as vozes que proclamam a adoção, na esfera do processo penal, do *standard* probatório conhecido pela sigla *Bard* (*beyond a reasonable doubt*, ou *para além de uma dúvida razoável*). Nas palavras de MICHELE TARUFFO, quando examina o *Bard*:

É evidente o significado central que se exprime através desse *standard*: esse requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas “irrazoáveis”, numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente (2012, p. 253).

Tanto nos EUA como aqui, contudo, o elevado grau de subjetividade na definição do que seria uma dúvida razoável é tido como um fator de enfraquecimento da proteção jurídica que o *Bard* fornece ao acusado. Se lá já se chegou a discutir, em termos percentuais, qual a probabilidade que tornaria razoável uma dúvida sobre a hipótese acusatória (5% de chance de que o réu seja inocente? 10%?), entre nós realço as ponderações sóbrias de JANAINA MATIDA e ANTONIO VIEIRA:

A consequência indesejável de tudo isso é que o BARD acabe sendo utilizado no sistema de justiça criminal brasileiro para cumprir papel diametralmente oposto daquele que seria o esperável. O perigo para o qual queremos sinalizar é que o BARD termine funcionando como um “anti-*standard*” de prova, passando a servir como um elemento puramente retórico de justificação das decisões, em nada diminuindo os espaços de subjetivismo, de discricionariedade ou mesmo de arbitrariedade que precisamente se quer evitar a partir da adoção de um modelo racionalista de prova (o qual recorre a um *standard* justamente por reconhecer-lhe como instrumento capaz de incrementar o controle intersubjetivo da decisões judiciais) (2019, p. 224).

São tantas as tentativas acadêmicas de estabelecer *standards* de prova quantos são os juristas que estudam o tema. O que me parece essencial, na definição de um bom *standard* para o processo penal, é conjugar (I) um conceito que seja operável na prática e tão objetivo quanto possível com (II) a necessidade de assegurar um nível exigente de certeza intersubjetivamente controlável quanto à culpabilidade do réu, (III) distribuindo os riscos de erro sobre a valoração da prova no processo penal em atenção à “pressão normativa” exercida pela presunção de não culpabilidade (PEIXOTO, 2021, p. 151). Em que pesem as críticas que lhe podem ser dirigidas, creio que o *standard* proposto por FERRER-BELTRÁN nos oferece um excelente ponto de partida:

Assim, para considerar provada a hipótese da culpabilidade devem ocorrer conjuntamente as seguintes condições:

1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições relativas aos novos dados que a hipótese permitir formular devem ter resultado confirmadas.

2) Devem ter-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a inocência do acusado, excluídas meras hipóteses *ad hoc* (2021, p. 210).

Essa formulação atende aos desígnios listados há pouco, porque traz parâmetros objetivos que estabelecem um alto nível de exigência a ser superado pela hipótese acusatória, incorporando também regras epistêmicas que considero essenciais ao caso dos autos (em especial o conceito de *refutação*). Ao mesmo tempo em que institui um requisito desafiador para a acusação, o *standard* de FERRER-BELTRÁN evita manobras defensivas desprovidas de fundamento, ao excluir a necessidade de refutação de meras hipóteses *ad hoc*, bem compatibilizando os interesses em jogo. Acredito que se uma hipótese acusatória (I) conseguir explicar todos os dados probatórios disponíveis, corroborados entre si e de forma coerente com as predições compatíveis com essa hipótese, e (II) os mesmos dados não derem suporte a nenhuma hipótese defensiva plausível (daí a exclusão das hipóteses *ad hoc*), a culpabilidade do réu estará provada para além da dúvida razoável. Recorro a seus conceitos, então, para dar maior concretude à ideia de *Bard* que, consciente ou inconscientemente, orienta boa parcela da comunidade jurídica.

Não se pode olvidar que o princípio da presunção de não culpabilidade impõe à acusação o ônus argumentativo e probatório referente a sua hipótese, de maneira que compete a ela demonstrar que a narrativa da denúncia atende racionalmente a esse *standard* de prova. Como dito no capítulo anterior, quando o juiz está diante de duas hipóteses opostas, a escolha pela hipótese acusatória precisa se pautar por critérios objetivos capazes de testá-la racionalmente e, caso a hipótese resista a esses testes, aí sim será possível sua adoção.

Na específica situação que ora julgamos, enxergo três critérios (ou testes) de altíssima relevância para a apreciação da hipótese acusatória, todos relacionados em alguma medida com o *standard* probatório proposto (ainda que lhe sejam logicamente anteriores): (I) a *corroboração*, (II) a *diferenciação* e (III) a *falseabilidade*.

Por *corroboração* ou confirmação, refiro-me ao grau de existência de elementos de prova independentes capazes de dar sustento a uma afirmação, de modo que uma hipótese restará mais ou menos corroborada em direta proporção com a quantidade e qualidade das provas que se encaixam em suas predições. Pensando, por exemplo, em um caso de homicídio cometido com o uso de arma de fogo, em um local público, é razoável predizer que, sendo o réu seu

ator, (I) suas impressões digitais estarão na arma, (II) haverá traços de pólvora em suas mãos e (III) uma ou mais testemunhas o terão visto praticar o delito. Se essas predições se confirmarem com a produção das provas datiloscópica, residuográfica e testemunhal, a hipótese acusatória sobre a autoria ganhará um bom nível de corroboração, pela existência de três fontes independentes que a amparam. Nesse sentido ensina MICHELE TARUFFO:

Visto que a amplitude e a qualidade das provas que podem ser referidas à hipótese podem variar de acordo com as circunstâncias, a confirmação é um conceito de grau: uma afirmação pode resultar mais ou menos confirmada em função das provas que a essa se refiram em certo momento, ou mesmo dependendo do grau de *supportiveness* que as provas possuam em relação àquela hipótese. Por conseguinte, o grau de confirmação depende de quantas e quais provas estão disponíveis em relação a todas as provas possíveis, visto que se há poucas provas – faltando informações que seriam relevantes – a confirmação da hipótese pode ser fraca ou dúbia.

[...]

Todavia, não parece dúbio que no plano epistêmico deva valer a regra segundo a qual o grau de confirmação da hipótese aumenta com a produção de provas posteriores, visto que a situação ideal é aquela em que todas as provas possíveis são produzidas (2012, p. 239-240).

A corroboração, enquanto conceito epistêmico e jurídico, sempre foi um dos elementos centrais da concepção racionalista da prova, porque fornece um critério objetivo para se julgar a preponderância de uma hipótese probatória em relação a outra, sem depender apenas da opinião pessoal do juiz. Conjuntos probatórios fracos, sem provas independentes capazes de confirmar a tese da acusação, falham no teste da corroboração (ainda que, pessoalmente e em seu íntimo, o juiz se convença da narrativa acusatória) e, conseqüentemente, não são aptos a justificar racionalmente uma condenação.

A *diferenciação*, por sua vez, se refere à necessidade de que os elementos de corroboração da narrativa acusatória não se encaixem, ao mesmo tempo, dentro da hipótese defensiva. Se o mesmo elemento de prova dá, simultaneamente, corroboração às duas hipóteses, o juiz não pode optar por considerá-lo como favorável à acusação, porque isso violaria o princípio da presunção de não culpabilidade. A corroboração da hipótese acusatória apta a embasar uma condenação deve, assim, *diferenciá-la* da corroboração da hipótese defensiva, trazendo elementos de confirmação que não se encaixem de maneira alguma na tese da defesa.

A consequência prática dessa constatação é a de que, se há uma explicação defensiva plausível para os mesmos elementos de fato que o julgador considera confirmadores da tese acusatória, a presunção de não culpabilidade impõe a absolvição do réu. Isso porque há provas que podem confirmar, ao mesmo tempo, tanto predições da hipótese acusatória como predições da defesa – e é justamente o que acontece no caso da condenação baseada somente no testemunho dos policiais, como se verá adiante.

A simples confirmação de uma predição baseada na hipótese acusatória não leva, por si só, ao seu acolhimento, quando a mesma confirmação servir também a uma predição defensiva. Voltando ao exemplo de nosso hipotético atirador, o encontro de resíduos de pólvora em suas mãos confirma uma das predições da tese acusatória – a de que foi ele o autor do homicídio; no entanto, se a defesa alegar que o réu é um atirador esportivo, o resultado do exame residuo gráfico confirmará, também, a predição defensiva. Neste cenário, não pode o julgador simplesmente escolher a versão da acusação, por sua convicção pessoal, sem que haja outros elementos de corroboração, porque o elemento apresentado serve tanto à acusação como à defesa.

É o que explica FERRER-BELTRÁN:

Voltemos ao caso em que a predição se cumpriu. Constitui, sem mais, um elemento de juízo que corrobora (em certo grau) a hipótese? A resposta é que não necessariamente. Pode ocorrer perfeitamente que a mesma predição P possa ser formulada a partir de diversas hipóteses, caso em que a constatação de que se cumpre P *não é um elemento de juízo para preferir alguma dessas, não outorgando, portanto, qualquer probabilidade maior que as outras.*

[...]

Cada predição formulada a partir da hipótese cumpre, pois, duas funções: desafia a hipótese, uma vez que se a predição não se cumprir aquela resultada questionada e, por outro lado, pressupõe a eliminação das hipóteses *que não possam predizer o mesmo* (p. 191 e 197).

Finalmente, o terceiro critério – o da *falseabilidade* (*Falsifizierbarkeit*) – foi pensado não no âmbito jurídico, mas também no campo da epistemologia, pelo filósofo austríaco KARL POPPER, enquanto um parâmetro para definir o caráter científico de determinada ideia. Contrapondo-se à noção então dominante de *verificabilidade* (segundo a qual é científico aquilo que é verificável empiricamente), POPPER propôs que a ciência somente pode trabalhar com afirmações falseáveis, isto é, aquelas cuja falsidade pode ser em tese

demonstrada. Teses desprovidas de falseabilidade não tem, em sua compreensão, valor científico, porque não são na prática testáveis; afinal, qualquer teste eventualmente realizado, mesmo obtendo resultados negativos, seria incapaz de refutar completamente a tese. Nas palavras do próprio POPPER, “uma afirmação (uma teoria, uma palpite) têm o status de pertencer às ciências empíricas se, e somente se, for falseável” (2002, p. 13-14).

Enquadra-se como hipótese não falseável a satírica sugestão feita pelo filósofo BERTRAND RUSSELL (1997, p. 547) de que, sem apresentar provas para tanto, existe um pequeno bule de chá, indetectável aos telescópios mais avançados, orbitando o sol. Ainda que o bule de RUSSELL fosse procurado na órbita estelar, sua não localização não implicaria, necessariamente, sua não existência; daí não ser falseável (e por consequência carecer de validade científica) a hipótese.

Explanando a aplicação da ideia de falseabilidade, SUSAN HAACK assim se manifesta:

Cientistas devem fazer conjecturas corajosas, altamente falseáveis; testá-las tão severamente quanto possível; e, sendo elas falseadas quando testadas, abandoná-las e começar de novo, em vez de fazer ajustes *ad hoc* para salvá-las. Essa disposição em aceitar o falseamento é outro critério do genuinamente científico (2010, p. 402).

Conquanto pensada como critério de delimitação do conhecimento científico, a falseabilidade não tardou em despertar a atenção do meio jurídico, mesmo que isso tenha exigido algumas adaptações pontuais em sua formulação (tema em que não me aprofundo para não mais alongar este voto, mas que é bem detalhado por HAACK).

Há uma nítida relação entre falseabilidade e contraditório, porque a garantia constitucional somente é útil e efetiva, do ponto de vista prático, se houver algum meio de testar a hipótese da acusação e falseá-la. Diferentemente, não sendo a hipótese acusatória passível de refutação, há um esvaziamento da garantia do contraditório, que servirá apenas como símbolo retórico para legitimar uma condenação. Como diz GUSTAVO BADARÓ, o exercício de uma jurisdição verdadeiramente garantista em matéria probatória “requer duas condições: verificabilidade e falsificabilidade [*rectius*: falseabilidade] das hipóteses acusatórias, em razão do seu caráter assertivo, e sua prova empírica, mediante um procedimento que permita seja sua verificação, sua refutação” (2021, p. 470-471).

Disso depreendemos que não basta à hipótese acusatória ser verificada – isto é, que haja elementos probatórios capazes de corroborá-la. Para que seja verdadeiramente válida, a hipótese precisa ser também refutável pela defesa, sob pena de se criar uma blindagem imune ao contraditório e que argumento defensivo nenhum será capaz de perfurar.

Esses três critérios que expus – corroboração, diferenciação e falseabilidade – são bem estabelecidos na doutrina da epistemologia da prova, ainda que com nomenclaturas diversas, e se relacionam mutuamente. Será forte, tendo-os como parâmetro, a hipótese acusatória *falseável* (critério da falseabilidade) que, submetida a testes probatórios rigorosos, reste *confirmada* (critério da corroboração) pela constatação de suas predições por fontes independentes, enquanto *nenhum dos dados probatórios disponíveis sirva para corroborar a hipótese da defesa* (critério da diferenciação).

A relação mútua entre os critérios é percebida por FERRAJOLI, que inclusive encontra correspondência entre eles e os famosos axiomas A7, A9 e A10 (relembremos: *nulla poena sine iudicio*, *nulla accusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione*) de sua teoria garantista:

Conforme a análise da prova, até aqui desenvolvida, podemos, portanto, identificar as condições que os satisfaçam com as três ordens de garantias processuais expressas por nossos axiomas A9, A10 e A7: a necessidade da prova, a possibilidade de refutação ou contraprova e o juízo imparcial sobre a capacidade explicativa das hipóteses em conflito.

A hipótese acusatória deve ser, antes de tudo, confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios. A tal fim, deve ser formulada de tal modo que implique a verdade de vários dados probatórios e a explicação de todos os dados disponíveis (2014, p. 143).

Na mesma vertente, relacionando corroboração e falseabilidade, para VITOR DE PAULA RAMOS “é necessário que a análise das provas seja feita de modo que se considere que um ganho de corroboração ocorre quando a hipótese tiver capacidade de predizer algum evento ou estado de coisas empiricamente contrastável” (2020, p. 772).

Ponto que não são estes os únicos critérios racionais possíveis para a avaliação da prova, sendo possível imaginar-se outras medições adicionais que, seguindo a lição de HAACK, testassem duramente a hipótese acusatória antes de considerá-la válida. Para os específicos fins da tese que oro proponho, de todo modo, creio que esses três critérios oferecem um bom referencial teórico

para demonstrar a insuficiência racional e objetiva dos testemunhos policiais como únicos elementos de uma condenação – sem, é claro, a exclusão de outros critérios que possam ser colhidos da epistemologia ou das leis da racionalidade de modo geral.

Neste capítulo, até agora, foi estabelecido que: (I) o art. 155 do CPP não confere ao juiz liberdade ampla para valorar as provas como bem entender, desde que exponha as razões de seu convencimento pessoal, mas na verdade exige que a decisão sobre os fatos seja racionalmente justificável; (II) o processo penal requer um *standard* probatório elevado, compatível com a presunção de não culpabilidade, e que somente aprove hipóteses acusatórias sólidas; e (III) a solidez da hipótese deve ser avaliada pelo menos com os critérios da corroboração, da diferenciação e da falseabilidade.

Com o perdão dos pares pelo volume das informações teóricas apresentadas, chega-se àquele que é, talvez, o ápice deste voto, em que busco responder ao questionamento fundamental: como se relacionam todos esses conceitos à hipótese ora em julgamento?

*III.3 – Análise racional da hipótese acusatória amparada no **testemunho policial** com os critérios propostos*

Quando recebe conclusos para sentença um processo como este, o julgador se vê diante de duas narrativas, com um único elemento de prova – o testemunho dos policiais – entre elas: de um lado, a acusação afirma que os agentes da polícia viram o réu praticar um delito (o tráfico de drogas, neste caso) e moveram-se para prendê-lo em flagrante e apreender o objeto material do crime; de outro, a defesa afirma que os policiais mentiram e não há outra prova da prática da infração. Se, como assentado na parte II deste voto, o testemunho policial não pode partir de uma posição epistêmica superior à versão do réu, como poderá o juiz, racionalmente, aferir se a hipótese da acusação está suficientemente provada, dentro do *standard* probatório do processo penal?

É nesse momento de seu raciocínio que entram os três critérios acima referidos, para subsidiar uma tomada de decisão objetiva e racional. E já adiante: o testemunho policial, quando é o único elemento de prova produzido nos autos, faz a hipótese acusatória falhar colossalmente em todos os três testes.

Em primeiro lugar, porque não há *corroboração* das palavras dos policiais. Se, como adverte TARUFFO (e praticamente toda a doutrina especializada), a corroboração é proporcional à qualidade e quantidade de provas independentes,

é forçoso concluir que a hipótese acusatória não tem corroboração nenhuma quando o único elemento que a ampara é a palavra dos próprios agentes acusadores. Eventuais provas decorrentes da apreensão ou da prisão feita pelos policiais, como a realização de prova pericial sobre a droga apreendida, não lhe trazem corroboração adicional, porque dela são dependentes.

No fim das contas, todas se encaixam como um único elemento: os policiais dizem ter apreendido certa quantidade de droga, ou bens roubados, ou moedas falsas, ou armas com o réu. Todas são, portanto, meras roupagens distintas (pericial, testemunhal, documental) de um mesmo dado probatório: o réu foi preso, ou os objetos foram apreendidos pela polícia, em uma situação que os agentes policiais dizem ser de flagrância.

Sendo estes os fatos, como no presente processo, não é apenas pobre, mas inexistente, a corroboração da versão acusatória, porque os únicos dados em que se fia são aqueles produzidos unilateralmente pelo Estado. E pior: produzidos justamente por um braço estatal cujos agentes são extremamente suscetíveis a vieses cognitivos, com pouquíssimo controle externo efetivo e cujas instituições tiram a vida de 17 brasileiros por dia, porque se veem numa guerra autoproclamada com parcela da população. Os impactos objetivos dos índices de letalidade já foram por mim expostos há pouco, e neles não me detenho novamente, senão para afirmar algo evidente: é no mínimo difícil de confiar plenamente, ou de atribuir algum poder de corroboração, à narrativa isolada do agente integrante de uma instituição que considera o acusado no processo penal como *inimigo*, estando disposta, não poucas vezes, a torturá-lo e matá-lo como meio de neutralização.

Também no teste da *diferenciação* o testemunho policial pouco ajuda a hipótese da acusação. Com efeito, o dado objetivo de que o réu foi preso pelos agentes da polícia, e que estes dizem ter encontrado com ele algum objeto ilícito, confirma predições derivadas tanto da hipótese da acusação como da hipótese da defesa.

Para o Ministério Público, a predição é a de que, sendo o réu culpado do tráfico de drogas, seria achado em seu poder (em seu corpo, em sua residência) alguma substância entorpecente; por isso, a prisão em flagrante pela polícia pode confirmar essa predição. O problema é que exatamente o mesmo dado probatório serve para confirmar, também, a predição da defesa, no sentido de que os policiais teriam mentido sobre a descoberta da droga em sua posse. Veja-se, então, que o testemunho do policial é compatível em tese com essas

duas hipóteses: sendo o réu culpado, o depoimento é compatível com a hipótese acusatória; sendo o réu inocente e vítima de uma mentira do agente policial, o testemunho incriminador é exatamente o que se espera que aconteceria, mesmo porque seria ingenuidade acreditar que o policial que forjou um flagrante assumiria seu crime em juízo.

Se o mesmo elemento probatório – a prestação do depoimento dos policiais em desfavor do réu, em nosso caso – se encaixa em duas narrativas, o teste de diferenciação tem um resultado claro: o juiz não pode se utilizar desse elemento para considerar provada a hipótese acusatória, exceto se a tese defensiva for absolutamente irreal e impertinente (o que FERRER-BELTRÁN chama de hipótese *ad hoc*). Note-se que não se exige, aqui, que a hipótese defensiva tenha provas independentes (por exemplo, provas da corrupção prévia dos policiais) para suportá-la, porque não é ônus da defesa fazê-lo. Para não se configurar como uma tese *ad hoc*, basta que a hipótese seja plausível, minimamente factível, para os fins aqui apresentados.

Não é crível a tese defensiva de que o réu foi abduzido por seres extraterrestres, que plantaram a droga em seus bolsos e o devolveram à Terra no momento da prisão em flagrante, porque aí se estaria diante, claramente, de uma hipótese formulada *ad hoc* como estratégia despropositada. É absolutamente plausível, porém, dadas as peculiaridades do funcionamento policial de que tratei no tópico II deste voto, a hipótese de que a polícia pode ter mentido ou forjado um flagrante para prejudicar o réu.

Isso não significa dizer, evidentemente, que acredito que a polícia mente e falsifica provas na maioria dos casos; penso, como disse antes, que se trata de uma situação relativamente incomum. No entanto, não é possível desconsiderá-la como irrelevante ou como uma simples fantasia do acusado, porque a brutalíssima estrutura policial de nosso país cria, pelo menos, um *risco objetivo considerável* de que isso aconteça.

De toda maneira, o maior problema da condenação fundada somente no depoimento policial encontra-se no terceiro critério – o da *falseabilidade*.

Se afirmamos que a condenação pode buscar espeque unicamente em tal testemunho, afirmamos, na prática, que o depoimento policial é presumido verdadeiro, cabendo ao réu provar sua falsidade, e isso já foi bem explicado acima. O problema é que, na absoluta maioria dos casos, será simplesmente impossível para o acusado inocente provar uma eventual mentira dos policiais que o tenham acusado injustamente.

Tudo isso não passaria de um exercício mental despiciendo, por certo, se não existisse a possibilidade de acusação de um inocente, mas sabemos que não é isso que ocorre. Conquanto faltem dados mais sistematizados sobre o tema no Brasil, as informações concretas e coletadas por fontes independentes que apresentei no capítulo II, *supra*, demonstram que é real o risco de incriminação, dolosa ou culposa, de uma pessoa inocente por parte de agentes policiais. Sendo real o risco, torna-se inescapável a pergunta: *o que um acusado inocente pode fazer para demonstrar que foi vítima de uma armação, ou que é mentiroso o depoimento dos policiais que o acusam?*

A resposta, para basicamente todos os réus do país, é um sonoro “nada”: o acusado será condenado e, mesmo inocente, será trancafiado no cárcere, provavelmente terá de aderir a uma organização criminosa para sobreviver à dura realidade da prisão e verá destruídos todos os projetos de vida que construiu até então. Sem a apresentação de provas adicionais no processo por parte da acusação, é impossível que a defesa encontre alguma linha investigativa para que possa apurar a conduta dos policiais, até porque nenhum juiz lhe concederá, exemplificativamente, um mandado de busca e apreensão para verificar se o quartel a que são vinculados os policiais dispõe dos famosos “kit flagrante” ou similares:

Volto ao trabalho de MARCELO SEMER, que em sua vasta amostragem de sentenças sobre tráfico de drogas em diversos Estados da Federação detectou a concretização do risco que ora aponto:

A reclamação contra os policiais é, em regra, tomada como um mero expediente de defesa, constantemente reiterado:

[...]

Nada pode ser apontado nesta direção, salvo se o acusado produza uma prova robusta em sentido contrário:

[...]

Mas raramente uma prova contra os policiais será robusta, posto que, em quase todos os depoimentos, os juízes afastam a credibilidade dos réus em razão do seu próprio interesse ou do testemunho de seus amigos e familiares.

[...]

E não ocorre praticamente em caso algum. Salvo raríssimas exceções, um testemunho contrário aos relatos dos policiais não amalha nenhuma credibilidade.

Estamos aqui nem tanto no âmbito do pânico moral, mas inserido no terreno do estado de negação. A dúvida quanto à parcialidade é resolvida na forma do

abstrato e repelida como um expediente genérico, rotineiro e imotivado por parte da defesa. O fato de que toda a verdade é carregada pelos policiais que realizam as prisões, inclusive a conferência da legalidade de seus atos, é vista não apenas como um instrumento de normalização (é assim, sempre acontece, e não pode ser de outra forma), como são criados obstáculos para que a questão seja efetivamente enfrentada. Se a prova policial é o centro do processo, admitir fragilidade é uma verdade dolorosa demais a quem se incumbem a agir em nome da ordem: afastar o depoimento dos policiais pode significar absolvições com frequência. Os expedientes de culpabilização das vítimas e condenação dos condenadores são, então, empregados intensamente - a reclamação é um stratagem, a escusa uma tática, a acusação má-fé, etc.

[...]

O apego desmesurado à integridade do testemunho policial acaba por sonegar cuidado com situações que vem se repetindo à exaustão ao longo do tempo, inclusive na recorrência do uso ao que se conhece atualmente como kit-flagrante (mas em tempos mais antigos, se referia como kit-vela), mecanismo empregado, apenas algumas vezes descoberto, para ocultar homicídios cometidos por policiais - mas, como se vê dos exemplos abaixo, também para produzir ou vitaminar prisões por drogas (2020, p. 200-203; as transcrições das sentenças foram omitidas).

Mesmo se o réu dispuser de recursos financeiros vultosos – o que por si só já uma raridade na clientela do sistema penal eleita como alvo nas abordagens policiais –, e contar com a boa vontade do magistrado em atender seus pedidos, em quase todos os casos não haverá medidas investigativas que a defesa possa adotar para desmascarar uma possível mentira dos agentes policiais. Se a polícia não se preocupar, como não se preocupa, em buscar comprovações independentes e externas das afirmações de seus agentes, a defesa do acusado não terá com o que trabalhar do ponto de vista fático, nem será capaz de produzir outro material probatório capaz de contrapô-lo.

Qual seria, afinal, a prova que o réu inocente poderia produzir para demonstrar que, quando foi abordado pelos policiais, não trazia nada de ilícito consigo? Ressalvado um milagre, este Relator não consegue imaginar que prova seria essa. A consequência é somente uma, e é com pesar que, diante da inexistência de mecanismos de prevenção objetivos no direito brasileiro, admito que sua ocorrência é certamente maior do que imaginamos: o réu inocente será condenado e preso.

Diversos juristas brasileiros, nas mais atuais obras sobre a matéria, chegaram a essa mesma conclusão. Cito, ilustrativamente, novel estudo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais:

Presumir como verídicos os depoimentos de policiais transfere para o réu o ônus de provar sua inocência, ferindo esse princípio constitucional. Via de regra, a jurisprudência entende que cabe ao réu demonstrar a suspeição da testemunha de acusação, estabelecendo que a defesa deve trazer aos autos prova de que os policiais que efetuaram a prisão ou participaram da investigação conheciam o réu ou tinham interesse em sua prisão. *Tal prova mostra-se, comumente, não apenas impossível, mas pouco razoável*, visto que a parcialidade dos depoimentos policiais não está necessariamente relacionada a um conhecimento prévio do réu, mas é inerente à necessidade dos policiais de legitimar seus atos pretéritos enquanto agentes públicos, a fim de evitar responder por faltas administrativas ou até mesmo penais (CALDAS; PRADO, 2020, p. 123).

Como consequência, a hipótese acusatória amparada somente na palavra dos agentes policiais torna-se não falseável, o que lhe retira tanto a cientificidade, se pensarmos na tese original de POPPER, como, mais precisamente, a racionalidade jurídico-probatória, segundo as formulações garantistas de FERRAJOLI e FERRER-BELTRÁN.

A falseabilidade não se refere à simples possibilidade de que a defesa, em contraditório, busque desconstruir a tese de acusação, formulando perguntas às testemunhas acusatórias, apresentando as suas próprias etc. Essa dimensão formal do contraditório está garantida, e em nada é alterada pela prestação do depoimento policial. A dificuldade aqui referida não é essa, mas sim a de que com a apresentação de uma prova cuja veracidade não foi corroborada e nem pode ser nem desmentida, como único suporte probatório da acusação, não há possibilidade prática de a defesa a ela contrapor uma prova igualmente determinante, justamente pelo vício de falseabilidade. O contraditório, nesse panorama, torna-se uma garantia simbólica, destinada a conferir legitimidade a uma simulação, uma encenação coreografada de processo penal, na qual não há chance real de o acusado provar nada diferente da narrativa da denúncia.

À semelhança de Tom Robinson, o destino do acusado pela polícia já está selado no momento de protocolo da exordial no balcão do fórum criminal, sendo só uma formalidade dispendiosa e angustiante o processo que se segue.

A falha da hipótese acusatória nos três critérios apresentados implica, também, não estar satisfeito o *standard* probatório exigido para uma condenação minimamente racional, qualquer que seja ele. Mesmo se pensarmos nos termos clássicos do *Bard*, a possibilidade não desprezível, e sobretudo não refutada, da incriminação de um réu inocente gera, em minha visão, dúvida razoável impeditiva da condenação. Dentro do *standard* mais objetivo que apresentei,

a conclusão final é idêntica, seguindo somente um caminho argumentativo maior. Retomando o esquema sugerido por FERRER-BELTRÁN, a hipótese acusatória deixa de explicar adequadamente todos os dados disponíveis, pela pobreza do conjunto probatório (critério da corroboração) e pela impossibilidade de refutá-la (critério da falseabilidade); ao mesmo tempo, os poucos dados probatórios disponíveis não são suficientes para rebater, de forma segura, a tese defensiva, porque também se enquadram na narrativa por ela construída (critério da diferenciação).

O ato de optar pela versão dos policiais, em detrimento da versão do réu, consiste apenas nisso: em uma opção – pessoal, subjetiva, íntima e incontrolável por natureza – do julgador, mas não em uma decisão jurídica sobre fatos que seja racional e objetivamente controlável. Como diz CÁSSIO BENVENUTTI DE CASTRO, essa espécie de “ponto de inflexão” no raciocínio probatório não permite ao julgador simplesmente optar por uma das versões, devendo o julgador atentar para a distribuição dos ônus probatórios e verificar qual das partes arcará com as consequências da falta de corroboração de sua hipótese (no processo penal, a acusação):

Pode ocorrer o “ponto de inflexão”. Por exemplo, no caso de um acidente de trânsito em uma via rural, onde não existe filmagem, tampouco testemunhas do sinistro, a demanda se resume à palavra de uma parte contra a outra. A solução não se resume a “escolher” entre uma das hipóteses. O foco deve ser mantido na relação entre provas e corroboração da hipótese. Não havendo corroboração da hipótese, tendo em vista o frágil contexto probatório, a demanda será julgada improcedente (2021, p. 135).

Ou, como declaram alguns juízes explicitamente, sua opção pauta-se em uma presunção de veracidade do testemunho policial – que esclareci ser incabível no capítulo II –, à qual a defesa não opôs prova capaz de desconstituir.

A exigência de motivação dessa sentença judicial não a desnatura como mero ato de opção do julgador, pois mesmo que o juiz exponha os fundamentos que o levaram a optar por dar mais credibilidade à narrativa da polícia, permanecerá a essência pessoal e subjetiva de sua *opção*. Pouco interessa ao réu e à sociedade conhecer, na fundamentação da sentença, as *crenças* que embasaram a opinião pessoal do julgador, haja vista que é a *aplicação de critérios racionais* o foco da atividade jurisdicional na avaliação das provas.

Disso não resulta que a sentença precise utilizar a específica linguagem técnica da concepção racionalista da prova para que se considere juridicamente

válida. A fundamentação da sentença tem forma livre, desde que atendidos os requisitos mínimos legais, e não há “palavras mágicas” próprias desta ou daquela teoria que o julgador precise empregar. Não é da forma de escrita da motivação sentencial que estou tratando, mas sim da *construção do raciocínio sobre a prova em si*. Logo, o mais importante é que a valoração probatória objetiva feita pelo juiz resista a teses de racionalidade quando controlada, independentemente dos específicos termos usados na sentença.

Concluindo pela *irracionalidade probatória* da opção de encampar os depoimentos dos policiais, resta definir qual mecanismo probatório poderia ultrapassar os controles de racionalidade sobreditos e atender ao *standard* exigido no processo penal, e aqui entra a segunda parte de minha proposta: a exigência de que as palavras dos policiais sejam corroboradas por gravação em áudio e vídeo.

IV – O uso de câmeras corporais (Body-Worn Cameras) e automotivas (Dashboard Cameras)

IV.1 – A prova audiovisual enquanto meio racional de corroboração

Como adiantei no começo deste voto, a solução objetiva que enxergo para conferir maior racionalidade e previsibilidade à atuação jurisdicional no julgamento de casos decorrentes de prisões em flagrante, ou do testemunho de fatos delitivos por agentes da polícia, é a seguinte: atribuir à acusação o ônus de que as palavras dos policiais sejam confirmadas pela gravação dos fatos em vídeo, com áudio, mediante o uso de sistema de câmeras corporais e automotivas, respectivamente, nas fardas e veículos empregados pela polícia.

Não atendido esse ônus, a palavra dos policiais quanto aos fatos que alegam ter testemunhado não será suficiente para fundamentar a condenação.

A gravação deverá ser integral, sem cortes, e conter desde o momento que atraiu a atenção do policial (uma possível transação de entorpecentes, por exemplo) até o encerramento de sua abordagem. Havendo prisão, a gravação deverá cobrir todo o período em que o preso esteve sob a custódia do policial responsável pelo ato, encerrando-se com a entrega do preso à autoridade que lavrará o auto respectivo.

Eventuais cortes ou interrupções na gravação implicarão o descumprimento desse ônus probatório. A produção, armazenamento e manipulação de todo o material gravado deverá observar as regras da cadeia de custódia, com destaque para aquelas previstas no CPP, mas sem exclusão de outras úteis e necessárias a fim de garantir a integridade das mídias.

Os ganhos de racionalidade probatória para o sistema processual, com a implementação desse sistema, são inimagináveis. A possibilidade de examinar as imagens e o áudio dos fatos narrados na denúncia, se não neutraliza, pelo menos diminui consideravelmente os vieses dos depoimentos de agentes policiais e os riscos de uma armação dolosa contra o réu, pelo uso de artifícios como o “kit flagrante” e similares. Com isso, o nível objetivo de corroboração necessário para a condenação é sobremaneira fortalecido.

Ademais, a existência de gravação da abordagem policial e da prisão resguarda os bons policiais, que certamente são a vasta maioria do corpo funcional da polícia, contra alegações infundadas de abuso formuladas por presos mal-intencionados. Assim, enquanto aumenta a segurança de uma eventual condenação e previne condenações injustas, a gravação atenua também os riscos jurídicos a que os bons policiais (especialmente os militares) estão submetidos, evitando que respondam a procedimentos disciplinares sem justa causa.

Para além desses ganhos práticos, a condenação que se funda não só na palavra dos policiais, mas também na gravação audiovisual dos fatos, resiste melhor ao controle de racionalidade probatória com os critérios propostos no tópico anterior.

Em primeiro lugar, porque surge um meio de **corroboração** independente da narrativa dos próprios policiais, já que, ressalvadas hipóteses de adulteração do vídeo – estas sim, mais passíveis de comprovação pela defesa –, a gravação não é produzida pessoalmente pelos próprios agentes. Esse acréscimo de corroboração é acentuado porque, além de sua independência, o meio de prova é distinto daquele primeiramente apresentado pelo Estado acusador (qual seja, a prova testemunhal).

E, na epistemologia da prova, o grau de corroboração aumenta quando provém de diferentes meios probatórios, segundo o ensinamento de FERRER-BELTRÁN. Inicialmente, o jurista assenta a premissa de que “o grau de corroboração de uma hipótese aumenta com o número de resultados favoráveis obtidos a partir da contrastação. E isso nos conduz à admissão da prova redundante, visto que superaria o teste de relevância”. Em seguida, afirma que “a partir de certo nível, as provas redundantes seguintes podem perder sua importância, quando já esteja suficientemente provada a hipótese fática”. Ao final, porém, naquilo que mais interesse à controvérsia que ora debatemos, FERRER-BELTRÁN alerta que:

A situação é, por outro lado, diferente *quando a redundância se dá entre provas de diferente tipo*. Nesses casos entra em jogo uma regra epistemológica

diferente, que nos indica que “a confirmação de uma hipótese não depende somente da quantidade de dados favoráveis de que se dispõe, mas também de sua variedade: quanto maior for a variedade, maior será o apoio resultante” (HEMPEL, 1996: 58). A razão que sustenta essa regra é simples. Quanto maior a variedade de experimentos aos quais se submete uma hipótese, maiores as possibilidades de que essa seja refutada caso seja falsa. *E, por isso, outorga maior nível de corroboração caso o resultado das diferentes provas for positivo para a hipótese* (2021, p. 111-112).

É irrelevante, para essa constatação, o fato de que o magistrado já estivesse convencido da veracidade do depoimento policial mesmo sem o apoio audiovisual. No paradigma de racionalidade da prova, reitero, a opinião pessoal do julgador é prescindível, porque se trabalha com categorias objetivas – e, do ponto de vista objetivo, o ingresso nos autos de um elemento de prova independente e de espécie distinta dos que já constavam no processo é, sempre, um meio de corroboração.

Reforça essa conclusão a exposição feita por GERALDO PRADO no tratado que citei páginas atrás. A ideia de corroboração atrela-se à quantidade e qualidade dos elementos de prova que ingressaram no acervo dos autos, do que resulta a necessidade de que a acusação busque *a melhor prova possível* para conferir um grau seguro de corroboração a sua tese. Eis o que afirma o professor:

Este é o contexto em que estão encerradas as alterações aos arts. 155-159 do CPP, pela Lei 11.690/2008. Da exigência de que elementos informativos não se confundam com provas (art. 155) à previsão de assistente técnico, relativamente às perícias (art. 159), o que se observa é que o ingresso do contraditório no cenário da produção da prova e os efeitos provocados quanto à avaliação denotam o duplo esforço: pela melhor prova possível, como meta para a acusação suplantando a presunção de inocência; por um trajeto normativo indispensável para a aquisição desta prova, sua introdução no processo e, ao final, sua avaliação pelo juiz, como condições de validade das atividades probatórias (art. 157).

[...]

Nesse sentido, e seguindo tendência de aproximação dos modelos jurídicos, cabe extrair dos novos princípios do direito probatório, no âmbito do processo penal brasileiro, regra semelhante àquela que, nas *Federal Rules of Evidence* (FRE), nos Estados Unidos da América, está prevista na Seção IV: a da melhor prova para determinar o fato, como exigência para a acusação ultrapassar a presunção de inocência (p. 111-112).

Penso não haver dúvidas de que o testemunho policial isoladamente apresentado, ao falhar em todos os três critérios principais de avaliação da

racionalidade, está longe do conceito de “melhor prova possível”, ou mesmo daquela aceitável. A adição da gravação audiovisual contribui para corrigir esse profundo vício de legitimidade democrática da decisão judicial.

Pelo segundo critério, o da *diferenciação*, a evidência em vídeo aumenta as chances de que sejam confirmadas, exclusivamente, as predições da acusação, caso as imagens confirmem a narrativa da polícia; ou as da defesa, se o vídeo registrar um flagrante forjado. Com isso, mitiga-se a chance de que o mesmo elemento probatório se encaixe ao mesmo tempo nas duas narrativas e seja incapaz de diferenciar a maior probabilidade de uma ou outra, o que é a regra quando a condenação se fundamenta unicamente na palavra dos policiais.

Por fim, à luz do critério da *falseabilidade*, a hipótese acusatória torna-se refutável se o Ministério Público apresenta esse elemento probatório adicional, porque a defesa finalmente terá condições de examinar o material dos autos de maneira mais efetiva e, a partir do que a gravação audiovisual lhe revelar, elaborar uma estratégia dialética ou investigativa que proteja a posição jurídica do réu, viabilizando o exercício de um contraditório real.

Essa aprovação no tríplice exame de racionalidade conduz à possibilidade de que o *standard* probatório da condenação seja atendido quando os testemunhos dos policiais estejam confirmados por vídeo. Haverá, aqui, uma corroboração coerente da hipótese acusatória pelos elementos probatórios disponíveis, ao mesmo tempo em que a tese defensiva de mentira por parte dos policiais ganha condições de ser rechaçada, caso improcedente. Não digo, é claro, que a condenação será necessária em todos os casos, mas apenas que há um incremento em racionalidade nessa condenação hipotética, quando comparada com as condenações como a destes aytis.

E aqui é necessário um adendo: a gravação em vídeo é eleita como a modalidade de prova adequada para a superação do *standard* probatório exigido para a condenação porque a corroboração das afirmações policiais ficaria prejudicada caso se admitisse, por exemplo, sua confirmação por algum terceiro que alegue ter visto o réu portar drogas quando foi abordado pela polícia. Se permitíssemos esse tipo de corroboração, penso que criaríamos apenas uma espécie de “pedágio” para um incriminação policial falsa, mas não haveria um efetivo potencial para impedi-la, como a exigência da filmagem o faz. O policial mal-intencionado certamente não teria dificuldades em conseguir algum informante ou aliado para confirmar eventuais alegações falsas, o que terminaria por transformar o auto de prisão em flagrante no novo auto de (falsa) resistência, essa figura quase folclórica e tão representativa do direito penal brasileiro.

Foi exatamente o mau uso de um informante para confirmar inveridicamente a posse de drogas que culminou no escândalo das exonerações em massa de Tulia, Texas, referido no item II deste voto. Precisamos ter a capacidade de aprender com erros históricos como esse, mesmo que ocorridos em outros países (até porque o Brasil não tem, no ponto, nenhuma salvaguarda institucional contra incidentes dessa espécie que os EUA também não tenham), para não estarmos destinados a repeti-los. A tentativa de consertar uma irracionalidade profunda de nosso sistema probatório não pode valer-se de meios cuja ineficácia já foi refutada, com efeitos desastrosos – basta pensar nas 37 condenações anuladas de Tulia – em momentos históricos passados.

Isso não significa que o fenômeno típico da traficância (ou de qualquer outro crime) como um todo só possa ser provado mediante gravação em vídeo. A polícia pode se valer de todos os meios juridicamente legítimos para fazê-lo, e inclusive vemos seu emprego em alguns poucos casos em que realmente se executou trabalho de inteligência policial: interceptações telefônicas, análise de movimentações financeiras, identificação dos membros de organizações criminosas etc.

O uso de todas as modalidades de prova, típicas e atípicas, continua plenamente permitido no processo penal. Apenas uma única situação específica, a do depoimento prestado pelo policial quanto aos fatos que alega ter visto, é que exigirá a corroboração em vídeo, e isso em virtude dos profundos riscos jurídicos envolvidos na confiabilidade da prova testemunhal policial, apresentados anteriormente. Pensando especificamente no delito de tráfico de drogas, é plenamente possível que, mesmo ausente corroboração em vídeos das palavras dos policiais, o réu seja condenado se comprovados outros fatos independentes do flagrante e que sejam suficientes, por si sós, para evidenciar a prática do crime, como a interceptação de conversas revelando a venda de drogas, o cumprimento de mandado de busca e apreensão do qual resulte a apreensão de entorpecentes etc. Nada disso será afetado pelo presente acórdão.

Em outras palavras, os *facta probanda* que demonstrem a prática de conduta penalmente típica permanecem livremente comprováveis; um único *factum probandum*, o fato típico que o agente policial afirma ter testemunhado, é que passa a exigir a corroboração em vídeo. Com isso, compensa-se com uma prova (a filmagem) bastante sólida o déficit de credibilidade, numa perspectiva institucional e objetiva, dessa espécie de depoimento, cujas idiosincrasias reclamam tratamento jurídico diferenciado.

A existência de objetos apreendidos pela polícia com o réu no momento da abordagem policial não dispensará a necessidade de corroboração das alegações dos agentes em vídeo, porque é de sua palavra que depende a vinculação de tais objetos ao réu, como já dito. É este o caso, por exemplo, da apreensão de drogas (ainda que posteriormente periciadas) no momento de uma prisão em flagrante, porque, sem a filmagem, somente a palavra dos policiais indica que o réu estava na posse dos entorpecentes.

A situação será diferente, por certo, se houver algum meio independente do testemunho policial para comprovar que os objetos estavam na posse do réu. Se, *v.g.*, é descoberto com o acusado um telefone celular cujas mensagens detalham a negociação de drogas, e o exame pericial é capaz de comprovar sua propriedade por parte do réu, há um dado probatório independente da palavra dos policiais para corroborar a alegação acusatória de que o aparelho pertencia ao acusado. Encaixa-se na mesma situação, de maneira ilustrativa, a obtenção pela polícia de um registro contábil das transações ilícitas cuja autoria seja comprovada por exame grafotécnico, porque aqui também a corroboração da tese da acusação veio por um meio de prova independente do testemunho do policial, permitindo sua falseabilidade. Em tais hipóteses, eventual falta de gravação em vídeo não impedirá que se tenha como comprovada a propriedade do objeto apreendido.

Creio, dessarte, que esses fundamentos já são suficientes para resolver a disputa de narrativas entre acusação e defesa e corroborar (ou não) as palavras dos policiais. Essa é justamente a função que se espera de um Tribunal Superior em matéria de direito probatório, conforme as ponderações de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (2020, p. 499-500), referenciadas alhures: avaliar se determinado meio de prova é apto, em abstrato, para atender racionalmente ao *standard* probatório do processo penal e, sendo negativa a resposta, estabelecer os *standards* e meios de prova cabíveis.

Em que pesem os fundamentos já apresentados, e para não correr o risco de pecar por omissão, penso ser válido apresentar outro argumento jurídico bastante sofisticado, dessa vez nascido na doutrina brasileira, para reforçar o ponto de vista ora apresentado. Refiro-me à *teoria da perda da chance probatória*, tratada adiante.

IV.2 – Teoria da perda da chance probatória

Antes de adentrar no tema propriamente dito, saliento que a teoria em questão já foi adotada pela Quinta Turma em dezembro de 2021, no julgamento

do AREsp 1.940.381/AL. Por isso, boa parte dos argumentos aqui declinados pode ser também encontrada naqueles autos.

Originária do direito francês, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) foi concebida no âmbito da responsabilidade civil para considerar indenizável a perda da oportunidade de se alcançar um resultado favorável, de ocorrência futura, incerta e dependente de fatores não submetidos ao controle total das partes envolvidas. Segundo a teoria, a vítima de um ilícito civil tem direito à reparação quando esse ato lhe subtrair a chance de, exercendo suas competências, chegar a determinada situação que lhe seria vantajosa, mesmo na impossibilidade de garantir que tal situação se implementaria no futuro não fosse a prática do ato ilícito.

Existe uma incerteza ínsita à perda de uma chance, por não ser viável estabelecer uma relação causal hipotética para afirmar, com segurança, que a oportunidade teria se concretizado sem a prática do ilícito. Para a teoria em comento, todavia, essa álea não retira da vítima o direito à indenização, porque a chance tem, em si, um valor econômico próprio, ainda que inferior ao valor da situação vantajosa perdida. A fundamentação prática e axiológica da teoria é bem resumida por LUC THÉVENOZ:

O prejuízo causado pelo fato gerador [o ato ilícito] é gravado por um risco irredutível, porque não é possível testar retroativa e concretamente a questão da ausência do fato gerador. Não se pode, nem no melhor dos casos, apreciar a contribuição do fato gerador ao resultado desfavorável por um raciocínio probabilístico fundado em dados empíricos suscetíveis de uma análise estatística.

É possível substituir a prova estatística de uma relação causal pela sua prova concreta? E qual deve ser, então, o impacto na mensuração do dano ou da indenização? É o que está em jogo na doutrina da perda de uma chance, que repousa em uma observação essencial: uma resposta negativa faz, injustamente, com que a vítima suporte todos os danos, porque isenta o autor de qualquer indenização, independentemente de sua contribuição efetiva para a ocorrência aleatória do dano (2002, p. 240).

A transposição da *perte d'une chance* do direito civil para o processo penal é uma ideia original de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e FERNANDA MAMBRINI RUDOLFO, exposta em interessante trabalho.

Inconformados com a baixa qualidade de investigações policiais, os juristas argumentam que quando o Ministério Público se satisfaz em produzir o mínimo de prova possível – por exemplo, arrolando como testemunhas somente os policiais que prenderam o réu em flagrante –, é na prática tirada

da defesa a possibilidade de questionar a denúncia. Por isso, a acusação não pode deixar de realmente investigar o caso, transferindo à defesa o ônus de fazê-lo. Ao contrário, a polícia e o Ministério Público devem buscar o que os autores chamam de comprovação externa do delito (e que, no acervo dogmático da valoração racional da prova, equivaleria à corroboração): a prova que, sem guardar relação de dependência com a narrativa montada pela instituição estatal, seja capaz de confirmá-la.

Eis a formulação geral da teoria:

Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) –, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída (2017, p. 462).

Nessa perspectiva, quando há outras provas em tese possíveis para auxiliar o esclarecimento dos fatos, é ônus do *Parquet* produzi-las, ou então justificar a inviabilidade de sua produção. Diversos exemplos práticos ilustram, em minha visão, a aplicabilidade da teoria. Para mencionar alguns: (I) se há testemunhas oculares do delito, a condenação não pode prescindir de sua prévia ouvida em juízo e fundamentar-se em testemunhos indiretos; (II) existindo câmeras de vigilância no local de um crime violento, a juntada da filmagem aos autos é necessária para aferir as reais condições em que ocorreu o delito e avaliar sua autoria ou excludentes de ilicitude; (III) sendo possível a consulta aos dados de geolocalização de aparelho celular do réu, a fim de verificar se estava na cena do crime, a produção da prova é necessária; e (IV) havendo coleta de sêmen do agressor em um caso de estupro, deve ser realizado exame de DNA para confirmar sua identidade.

Como compete à acusação desfazer a presunção de não culpabilidade que protege o acusado, é seu ônus lançar mão de todas as provas relevantes e possíveis para tanto. É inadmissível que, existindo uma prova capaz de inocentar o réu – e sendo a possibilidade de sua produção de conhecimento do Estado –, o Ministério Público a dispense por uma estratégia processual, contentando-se com os elementos mínimos que já apresentou, quando a prova adicional poderia concorrer para o esclarecimento dos fatos. Lembre-se que, diversamente de outras carreiras jurídicas, os membros do *Parquet* são dotados das mesmas garantias funcionais da magistratura (art. 128, § 5º, I, da Constituição da

República), justamente para que ajam de maneira isenta, não lhes sendo permitido buscar condenações a qualquer custo. O interesse maior da instituição não pode ser a condenação do réu, mas sim a construção de uma solução jurídica correta para o caso concreto, que certamente não será alcançada com a condenação do acusado sem a produção das provas que poderiam lançar luz sobre seu estado de inocência.

Corroboram essa compreensão ROSA e RUDOLFO:

A perda da chance de que todas as provas contra si sejam produzidas implica uma perda, sem possibilidade de produção pela parte contrária, lembrando-se, ainda, que o acusado nada deve provar (e, mesmo quando solicita tais provas, isso só é oportunizado em momento que já não permite a obtenção de êxito – as imagens já foram deletadas, as impressões digitais já desapareceram etc.). Dito de outra forma: o Estado não pode perder a oportunidade de produzir provas contra o acusado, tirando-lhe a chance de um resultado pautado na (in)certeza. Todas as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, já que a vida e a liberdade do sujeito estão em jogo.

Enquanto na seara civil se fala em probabilidade de ocorrência do evento desejado (obtenção da vantagem ou não ocorrência do prejuízo, obstada pelo fato antijurídico), no processo penal não se pode falar em probabilidade. Para a condenação, exige-se a certeza, e não deve haver elemento algum que faça presumir a culpa de alguém. A culpa deve ser devidamente comprovada.

Nos casos em que a prova estava ao alcance do Estado e não foi produzida, não se pode substituí-la por outros elementos, sob alegação da ausência de probabilidade de que aquela prova faltante fosse absolver o acusado.

O Estado é garante dos direitos fundamentais e deve assegurar que os preceitos legais, constitucionais e convencionais sejam devidamente respeitados. Não pode, pois, eximir-se de sua responsabilidade, quando o ônus de afastar a inocência presumida lhe incumbe integralmente (2017, p. 464).

Ao apreciar o AREsp 1.940.381/AL, a Quinta Turma acresceu pequenos ajustes à proposta de ROSA e RUDOLFO, culminando em tese assim redigida:

Quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes.

(AREsp n. 1.940.381/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 16/12/2021.)

O reconhecimento de necessidade de produção da prova nem pode ser condicionado à probabilidade de que leve à absolvição do réu (ou confirme a

narrativa acusatória) caso produzida, bastando para tanto a mera possibilidade em tese de que o faça. Isso porque a condenação criminal demanda juízo de certeza, de modo que a falta de produção de uma prova capaz de criar dúvida sobre a imputação já é motivo bastante para tê-la por imprescindível. Exigir probabilidade de que a prova não produzida poderia demonstrar a inocência do réu ignora que, como disse THÉVENOZ, há uma álea inafastável na teoria da perda de uma chance, por ser impossível projetar com certeza uma relação causal hipotética na qual a acusação tivesse exercido sua tarefa probatória a contento. Se, no direito civil, o ordenamento jurídico aceita essa incerteza (já há mais de um século) para proteger a vítima do ato ilícito, com muito mais razão deve-se admiti-la no direito processual penal, em que os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de não culpabilidade exigem prova segura, certa e inabalável para a condenação. Opinião contrária, com a devida vênia, transferiria para a parte presumidamente inocente não só o ônus da prova, mas também os ônus materiais de uma postura probatória deficiente por parte da acusação.

A exigência de gravação audiovisual da abordagem policial se enquadra perfeitamente aos contornos da tese então adotada por nosso colegiado. Se produzida e apresentada em juízo a filmagem, o resultado de seu exame tem total aptidão de afiançar a imputação contida na denúncia, se confirmar as palavras dos policiais, ou de levar à absolvição do acusado, se revelar irregularidade na atuação da polícia. É impossível conhecer seu resultado de antemão, até porque ela é independente dos depoimentos dos policiais, de modo que a falta de produção dessa importantíssima prova retira das partes uma chance – quiçá sua única chance – de evitar a condenação de um inocente, ou então de fornecer ao sistema jurídico penal uma valiosa corroboração da hipótese acusatória, o que é importante *per se*.

Não só por todos os seus méritos dogmáticos recorro aqui, novamente, à teoria da perda da chance probatória, mas também pelo fato de que *a inquietação que motivou sua elaboração foi precisamente a condenação por tráfico de drogas fundamentada somente nas palavras dos policiais*. ROSA e RUDOLFO se pronunciam sobre a ideia de exigir a corroboração dos testemunhos policiais em vídeo, apontando-a como solução para evitar o cerceamento de defesa decorrente da perda da chance de produzir a prova:

É cada vez mais comum, notoriamente com a chancela do próprio Poder Judiciário, que as condenações ocorram exclusivamente com base na palavra dos policiais. Isso significa, em síntese, que não se possui mais nada a fazer no processo em contraditório. Confirma-se o que se disse no flagrante ou no inquérito policial.

Isso é, evidentemente, pouco democrático, porque havia chances de se produzir provas para além dos próprios agentes estatais. Nos casos de tráfico, a questão beira ao paroxismo. De regra, as provas da condenação advêm somente dos depoimentos dos policiais e não encontram guarida no restante do acervo probatório. Muitas vezes, os policiais afirmam que a abordagem se deu logo após observarem a venda para um usuário de droga, mas nenhum possível comprador de droga é identificado ou presta declaração, nem é conduzido à autoridade policial. Consequentemente, dito usuário jamais será ouvido em juízo. Nem sequer quando a venda ocorre em veículos, as placas dos tais compradores são anotadas. Assim, os agentes de segurança pública deixam de colher a prova potencialmente isenta, não por ausência de possibilidade de produção da prova mais adequada, mas sim pela cômoda adoção da lei do menor esforço e pela confiança na atribuição de alta confiabilidade aos seus próprios relatos.

Estamos em 2017, tempo em que a tecnologia facilita as filmagens – aliás, depois da jornada de protestos de 2013, os policiais receberam câmeras para serem colocadas nas fardas e não se justifica a manutenção do modelo medieval de produção probatória testemunhai, transformando a fonte de prova (testemunho policial) em prova. Há possibilidade de tal proceder e não se adota. Logo, a prova resta enfraquecida (p. 462-465).

O aspecto temporal mencionado pelos autores não pode ser ignorado. A interpretação da legislação probatória precisa levar em conta os avanços tecnológicos em matéria de produção de provas com utilidade forense, conclusão que é até intuitiva. Quando o CPP entrou em vigor, na década de 1940, seria impossível pensar, por exemplo, na realização de um exame de DNA para se aferir a autoria delitiva do crime de estupro, ou então identificar a vítima de um homicídio cujo cadáver não foi reclamado. Hoje, diferentemente, uma investigação policial que ignorasse esses elementos de prova fundamentais seria defeituosa e teria grande probabilidade de não resultar em uma condenação, inclusive pela perda da chance probatória de amearhar tais dados fáticos ao conjunto dos autos. A gravação audiovisual situa-se em patamar semelhante, por representar uma inovação técnica relevantíssima para esclarecer, de modo independente, aspectos para os quais as ciências probatórias até então (antes do advento das câmeras corporais) não tinham solução.

É central, para a teoria da perda da chance probatória, a obrigatoriedade da produção de prova capazes de fornecer uma *comprovação externa* à narrativa estatal, o que equivale, em alguma medida, à busca da *corroboração por provas independentes*, a que aludi no tópico III deste voto. Não é coincidência que a escola racionalista (com seus representantes no novo e velho mundos) e a peculiar doutrina de ROSA e RUDOLFO tenham chegado independentemente,

por seus próprios caminhos argumentativos, a formulações tão precisas e tão similares nesse ponto. A exigência de confirmação independente para a hipótese acusatória é, em verdade, a pedra angular de qualquer epistemologia probatória que se proclame democrática, razão pela qual a indicação desse requisito é uma unanimidade entre os estudiosos do tema.

Credita-se a JONATHAN FOSTER, professor de jornalismo da Universidade de Sheffield, a conhecida exortação: “se uma pessoa diz que está chovendo e outra diz que está seco, seu trabalho não é citar ambas. Seu trabalho é olhar para fora da janela e descobrir quem está falando a verdade”. Transpondo-a para o processo penal, se a acusação diz que chove e a defesa diz que não, o papel do julgador não é citar ambas e optar, conforme sua convicção pessoal, pelo fato que acredita em sua mente ter ocorrido. A tarefa do magistrado é olhar pela janela de FOSTER e ver se realmente chove, sendo o exame da filmagem o meio mais idôneo de que se dispõe atualmente para tanto.

De fato, quando o Ministério Público e o Judiciário se contentam em homologar acriticamente o que foi dito pela polícia, há uma renúncia à quintessência da jurisdição, que deveria ser cética por natureza e testar de maneira rigorosa as hipóteses que lhe são submetidas. A tarefa do promotor e do magistrado na avaliação de fatos é análoga à do cientista que, como diz SUSAN HAACK, deve submeter a hipótese da acusação a diversos testes, buscando verificá-la (ou falseá-la) pelos melhores meios possíveis. Estaria esse mister adequadamente atendido quando se satisfazem, todos os atores processuais, com a simples chancela da prisão em flagrante, para gerar uma condenação? A perda da chance probatória, quando se deixa escapar a oportunidade de produzir testes epistêmicos mais rigorosos para corroborar o relato da acusação ou demonstrar a inocência do réu, parece-me evidente.

Guardando coerência com a *ratio* do acórdão proferido no AREsp 1.940.381/AL, convido os doutos pares a considerarem também estes fundamentos no presente caso, de modo a prevenir contradições em nossa jurisprudência.

IV.3 – Repercussões jurídicas extraprocessuais

Concentrei-me, até o presente momento, nas facetas endoprocessuais decorrentes da implementação do uso de câmeras nas abordagens policiais, compreendidas à luz de um sólido referencial teórico nacional e internacional pautado na concepção racionalista da prova. Existem, todavia, ainda outros

efeitos jurídicos dessa prática, que embora sejam de natureza extraprocessual, dizem também respeito à feição do processo penal brasileiro, inclusive à luz dos compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional.

Como destacado no capítulo II deste voto, nosso país apresenta um cenário alarmante no que se refere ao controle jurídico-penal das interações entre os agentes de seu aparato sancionador e a população em geral.

Tudo isso acontece apesar de o Brasil ter aderido a múltiplos instrumentos internacionais para prevenir práticas violadoras de direitos humanos por parte da polícia, a exemplo da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, incorporada em nosso direito pelo Decreto 40/1991, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, aqui promulgada pelo Decreto 98.386/1989. O próprio rol de garantias judiciais contido no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada pelo Decreto 678/1992, fica severamente comprometida quando a polícia toma para si o papel de acusar, processar, torturar e executar sumariamente, com a pena de morte, cidadãos brasileiros que podem ou não – e isso é, ou deveria ser, indiferente – ter cometido uma infração penal.

É no sistema interamericano de direitos humanos que o Brasil já foi condenado internacionalmente por sua letalidade policial, como no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2017. Os fatos são por todos nós conhecidos porque já precisamos enfrentar seus efeitos no direito interno quando analisamos em 2021 o IDC 21/RJ, relatado por nosso estimado Presidente, o Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*. Nem foi essa a primeira glosa recebida pelo Brasil no sistema interamericano, merecendo destaque o relatório elaborado pela Comissão Interamericana no caso *Wallace Almeida*, mencionado no começo deste voto.

Exigindo-se para as condenações criminais a corroboração das palavras dos policiais em vídeo, é provável que a adoção massificada dessa prática concorra para diminuir nossos inadmissíveis indicadores de violência policial.

Note-se que não proponho, aqui, *impor ao Estado a obrigação* de equipar suas polícias com instrumentos de gravação audiovisual, como fez o STF ao deferir a liminar na ADPF 635/RJ. Tal medida seria relacionada ao controle judicial de políticas públicas, que nem é competência desta Terceira Seção, por se tratar de matéria de direito público, mas sim da Primeira Seção, na forma do art. 9º, §§ 1º e 3º, do RISTJ. Minha proposta é distinta: caso prevaleça meu voto, estamos somente estabelecendo um *standard* específico para o processo penal, que pode ou não ser atendido pelo Estado, como um *ônus* de prova.

Afinal, o Estado não é obrigado a manter uma política de segurança pública pautada em “enquadros” para prender pequenos traficantes em flagrante, como faz atualmente. Há, inclusive, um vasto instrumental legislativo, com um largo cardápio de meios especiais de prova, para que o Estado atue de forma mais inteligente e planejada no campo da repressão da criminalidade. Somente na específica situação de o aparato sancionador optar em manter sua política atual terá de arcar com o ônus probatório aqui adensado e, caso pretenda conseguir condenações desse modo, aí sim terá de incorporar o uso de câmeras em sua rotina policial. Veja-se, porém, que tal medida será (se for adotada) uma opção do poder Executivo, mas não uma imposição do STJ, até porque não se está direcionando uma ordem específica a nenhum agente público.

As autoridades policiais são livres para a escolha dos meios que julgam eficientes para a prevenção e repressão da criminalidade, e nisso este voto não interfere. Prevalecendo a *ratio* aqui proposta, este STJ apenas detalhará um *standard* probatório a ser analisado pelo Poder Judiciário, cabendo à polícia e ao Ministério Público a atribuição de deliberar por atendê-lo ou não e, caso optem por manter suas práticas atuais, arcar com os ônus processuais respectivos. Afinal, a discricionariedade do Executivo para eleger seus métodos de combate à criminalidade não impõe vinculação de suas escolhas sobre o Judiciário, a quem compete aferir se as decisões políticas da acusação em matéria probatória atendem ao *standard* do processo penal, como ora fazemos. Isso é fundamentalmente diferente de obrigar o Estado a se comportar desta ou daquela maneira em casos futuros, ou de lhe direcionar uma ordem específica para o uso de câmeras em sua rotina policial, temas que não integram o presente processo.

Se, todavia, o Estado resolver implementar equipamentos de gravação audiovisual no cotidiano das polícias, essa conduta poderá – pelo menos à luz das pesquisas e melhores práticas internacionais atualmente existentes – concorrer para melhorar nosso hodierno modo de agir.

Como retrata o estudo da DPE/RJ citado no capítulo II, há uma íntima relação entre a brutalidade policial e a admissão jurídica da condenação baseada somente nas palavras dos policiais. Nessa específica conjuntura, existe um espaço de opacidade – um ponto cego – no controle da atuação policial, possibilitando o cometimento de práticas ilícitas contra os cidadãos. O relatório do *UN Human Rights Council*, que já mencionei previamente, aponta na mesma direção, tanto que uma de suas sugestões para a prevenção da tortura no Brasil é “definir e implementar uma abordagem mais rigorosa para prisões legítimas, para abolir o atual abuso do instituto do flagrante” (2016, p. 21).

Em seu *Sentenciando o tráfico*, SEMER também percebe a conexão entre a simples encampação das narrativas policiais no processo judicial e o fomento à violência cometida por agentes da polícia (ou, pelo menos, o impedimento ao controle judicial efetivo, real e concreto sobre eventuais abusos):

O vigor do legado autoritário, que se expressa em circunstâncias concretas como a generalização da prisão provisória ou a valorização frequente dos elementos de inquérito, *se perfaz em uma postura quase complementar à polícia (à prisão que ela faz, a instrução que ela preside, a verdade que ela produz)* – esvaziando o controle judicial sobre seus atos, incluída a violência (2020, p. 149).

Repito que permaneço convicto quanto à completa correção moral da grande maioria dos agentes que integram nossas forças policiais e arriscam suas vidas diariamente no cumprimento de seus deveres. Na ausência de controles institucionais *objetivos*, entretanto, o exercício da violência pelo Estado passa a depender apenas do senso moral de seus agentes, e é óbvia, como nossas estatísticas demonstram, a inviabilidade de um sistema assim estruturado.

A restrição às condenações embasadas unicamente nos depoimentos policiais, se encampada por esta Terceira Seção, introduziria um mecanismo de controle objetivo atualmente inexistente, cujos dados de eficiência prática são animadores.

Ao redor do mundo, em países nos quais o efeito dissuasório do uso de câmeras corporais contra abusos policiais já foi estudado com mais profundidade, multiplicam-se relatórios científicos sobre seus impactos positivos.

Para não me alongar, menciono aqui apenas alguns deles.

No primeiro, financiado pelo *Department of Justice* dos EUA junto à *Las Vegas Metropolitan Police Department*, detectou-se uma redução na quantidade de policiais que fizeram uso da força (letal ou não) durante o período apurado de 31,2% para 19,7% do efetivo (BRAGA et al, 2017, p. 50), o que equivale a uma diminuição de aproximadamente 37% no número de oficiais envolvidos em interações violentas. No segundo, conduzido por pesquisadores da *Arizona State University* junto ao departamento de polícia de Mesa/AZ, a redução no uso da força foi de 75% (READY; YOUNG, 2015, p. 3). Resultados similares podem ser encontrados em um terceiro estudo, de escala menor, realizado junto à polícia de Rialto, na Califórnia, que apontou uma diminuição de 50% no emprego da força (SUTHERLAND, Alex et al, 2015, p. 21).

Aplicando mesmo a mais conservadora dessas estatísticas ao Brasil, e baseando-me nos dados do Anuário de Segurança Pública referente ao ano

de 2021, isso resultaria em mais de 2.000 vidas salvas da letalidade policial. Há indícios, entretanto, para acreditar que a instituição desse controle à nossa polícia, cuja letalidade é proporcionalmente o décuplo da norte-americana, produziria resultados ainda mais profundos.

É o que mostra recente estudo conduzido pela PUC/RJ (em parceria com a *London School of Economics* e as Universidades de Warwick e Queen Mary) junto à PM/SC, no qual se registrou uma diminuição de 61,2% no uso da força em abordagens policiais com uso de câmeras corporais (BARBOSA et al, 2021, p. 2). Ainda no Brasil, a Folha de São Paulo (2022, reportagem on-line) apurou que o uso de câmeras corporais levou a uma redução média de 85% na letalidade de batalhões da PM/SP durante o ano de 2021 (chegando a 89% em unidades tradicionalmente mais letais). Essa significativa redução na letalidade quando os policiais sabem que suas ações estão sendo monitoradas indica existir uma grande margem de mortes violentas, provocadas por intervenções policiais, que seriam absolutamente evitáveis e escapam aos conceitos de legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal.

Mantendo-se a tendência detectada na PM/SP, seria possível salvar até 5.700 das 6.416 vidas ceifadas anualmente pela polícia no Brasil. Tal expectativa é otimista, claro, mas qualquer preservação de vidas humanas já é valiosa e é um primeiro passo para atender aos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil na tutela dos direitos mais básicos de seus cidadãos.

Também no que diz respeito à tortura, as mais abalizadas recomendações institucionais indicam o uso de câmeras pelos agentes policiais como potencialmente o melhor meio de prevenção. Na esfera internacional, o *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (2019, p. 2) indica que os momentos imediatamente seguintes a uma abordagem policial são os mais propícios para a ocorrência da tortura, seja com a finalidade de extrair do indivíduo uma confissão ou, simplesmente, de puni-lo de forma imediata; igual alerta é feito pelo OHCHR (2015, p. 15). Conseqüentemente, a filmagem desse momento mais vulnerável na custódia do cidadão pela força estatal pode exercer sobre agentes mal-intencionados um efeito dissuasório.

Está em sintonia com essa visão o relatório compilado pela Faculdade de Direito de Berkeley em conjunto com a *American Civil Liberties Union Foundation of Massachusetts*, ao afirmar que “câmeras corporais podem ser fundamentais na descoberta da verdade quando os fatos de um encontro entre polícia e cidadão são contestados. Também há evidências de que, quando

câmeras corporais são consistentemente ativadas, elas podem dissuadir a prática da má conduta ou violência” (2016, p. 1).

Na produção acadêmica nacional, estudo elaborado por cinco ONGs (CONNECTAS et al, 2016, p. 61) sugere “a criação de mecanismos de monitoramento dos espaços onde ocorre a tortura”; essa proposta é ecoada na pesquisa do NEV-USP referenciada anteriormente, quando constata:

A tortura como prática de obtenção de confissão ou informação continua sendo vastamente utilizada. Para coibir este tipo de ação, é importante que tanto a abordagem quanto o interrogatório dos indivíduos sejam filmados (SALLA et al, 2016, p. 146).

Especificamente sob o prisma da diminuição de oportunidades para a corrupção, concordam com essa conclusão ROSE-ACKERMAN e PALIFKA, em seu *Corrupção e governo*, já citado no começo deste voto (2020, p. 183).

Consequentemente, para além de todos os fortes argumentos de natureza endoprocessual pautados na interpretação dos arts. 155, 156, 158-A a 158-F e 386 do CPP, a imposição de um *standard* probatório mais rígido nas ações penais instauradas a partir de abordagens policiais pode ter o efeito extraprocessual de fomentar o cumprimento de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro e evitar que situações sistemáticas de violações de direitos fundamentais continuem a ocorrer.

V - Resumo da nova ratio proposta

Dada a multiplicidade e densidade dos temas aqui tratados, resumo, para facilitar sua compreensão, a *ratio decidendi* cuja adoção sugiro ao colegiado.

Proponho, em síntese, que a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.

Por sua vez, não havendo a apresentação da filmagem, as provas materiais colhidas pelo policial quando testemunhou os fatos (como a droga, armas ou outros objetos apreendidos na prisão em flagrante) só podem ser utilizadas para fundamentar a condenação se sua vinculação ao réu for corroborada por prova independente da palavra do policial que as arrecadou.

Destaco, finalmente, que embora o presente processo verse sobre o crime de tráfico de drogas, a *ratio* aqui identificada tem aplicação indistinta a todos os delitos cuja comprovação repouse, somente, na palavra do policial e nos elementos de prova dela derivados (como vemos constantemente em ações penais por roubo, furto, porte ilegal de armas de fogo e outras infrações similares).

VI – Enfrentamento de possíveis objeções

Visando a facilitar o debate de minha sugestão hermenêutica e com a expectativa de entregar um acórdão fundamentado de maneira adequada, é oportuno rebater as principais objeções a esta proposta cujo levantamento considero provável, a partir dos argumentos que vejo no contínuo debate jurídico sobre o tema.

VI.1 – Objeções processuais

Do ponto de vista do conhecimento recursal, antecipo que alguns juristas enxerguem neste voto ofensa aos limites cognitivos do recurso especial, por compreenderem que as considerações que fiz exigiriam aprofundado reexame das provas dos autos.

Apesar disso, os eminentes colegas certamente perceberam que não estou, aqui, descendo em minúcias sobre quão confiável é o depoimento dos específicos policiais que se manifestaram nestes autos, nem me aprofundando em seu pobre acervo de provas, já que isso de fato seria vedado em sede de recurso especial, na forma da Súmula 7/STJ. Ao contrário, minha leitura do caso parte de aferir, abstratamente, se determinado tipo de prova (o depoimento policial) autoriza, por si só, alcançar determinada conclusão (a culpabilidade do réu), tendo como referência critérios doutrinários de racionalidade e *standards* probatórios que são igualmente abstratos. Após motivadamente concluir que não, o Tribunal – caso siga meu voto – estabelece qual é, então, a forma de atender racionalmente ao *standard* probatório aplicável. Nada disso, como se vê, passa minimamente pela análise das provas do caso concreto, às quais ainda nem me referi.

Apoia essa visão o fato de que nossa jurisprudência atual entende que o depoimento policial pode, sozinho, fundamentar a condenação; ora, se a análise do tema somente fosse possível mediante o reexame de fatos e provas, jamais teríamos sequer firmado tal orientação, porque nunca poderíamos conhecer dos recursos especiais e *writs* que versam sobre o tema.

Tampouco torno o recurso especial uma espécie de instrumento de tutela coletiva ou abstrata ao trazer essas ponderações. Com efeito, qualquer julgamento que busque superar um entendimento jurisprudencial consolidado tem a possibilidade de produzir um efeito indutivo, elemento que é ínsito ao poder de convencimento de todos os precedentes, em especial os dos Tribunais Superiores. Isso, porém, não é proibido por nosso sistema. Todo Tribunal tem a prerrogativa de alterar os rumos de sua jurisprudência quando enxerga razões para superar orientações anteriores, ou mesmo de criar entendimentos novos.

Tanto essas atitudes como a própria manutenção da jurisprudência anterior produzem o referido efeito indutivo, observada a eficácia persuasiva dos precedentes sobre os julgamentos conduzidos em primeiro grau de jurisdição. Qualquer decisão que tomarmos neste processo, seja pela superação ou pela preservação do entendimento jurisprudencial primevo, terá inevitavelmente tal efeito de persuasão. Isso não se confunde, porém, com a atribuição de efeitos *erga omnes* ou abstratos ao presente julgamento – coisa que não proponho –, que continua voltado a decidir o caso concreto. A *ratio* aqui empregada, por óbvio, poderá (e deverá) *influenciar* futuras decisões deste Tribunal e das instâncias ordinárias, até mesmo em observância aos arts. 926 e 927 do CPC e à própria função da jurisdição superior, mas não há aqui a mesma obrigatoriedade que existiria em um instrumento de tutela coletiva, tampouco nenhuma vinculação sobre os demais poderes.

Em essência, o que sugiro nestes autos é somente o julgamento do caso concreto, cuja *ratio decidendi* supera orientação jurisprudencial anterior deste STJ e poderá impactar outros julgamentos sobre a mesma matéria enquanto elemento de persuasão jurisprudencial, algo que evidentemente nos é dado fazer e é mesmo desejável, considerando nossa função de uniformização da jurisprudência. Nada há aqui, contudo, de “objetivização” ou “coletivização” do recurso especial.

No mérito do voto, pode-se pensar que a vedação à condenação fundada exclusivamente nos depoimentos de policiais violaria a independência judicial na formação do livre convencimento do magistrado de primeira instância, previsto no art. 155 do CPP, para quem a lei teria delegado a competência exclusiva de apreciar as provas admissíveis, sem lhe impor restrições para tanto.

Creio que os equívocos desse argumento já foram adequadamente respondidos ao longo do voto, especialmente em seu capítulo III. Não custa reforçar, contudo, que a interpretação mais atualizada do sistema de livre

apreciação da prova pela doutrina jurídica brasileira e internacional caminha em sentido oposto, como sintetiza VÍTOR DE PAULA RAMOS:

Por óbvio, e como já mencionado há muito, a “apreciação livre” não quer dizer que o juiz possa valorar a prova como bem entender, ou de acordo com suas convicções subjetivas. Deve, isto sim, valorar racionalmente a prova produzida.

O Código não fornece critérios nem para a valoração racional da prova nem para a suficiência. Isto é, não diz expressamente quando uma hipótese pode ser considerada provada e quando não. Tais fatos, se não sofrerem interpretação adequada, poderão perigosamente aproximar o sistema processual brasileiro de um modelo subjetivo; como se o juiz pudesse, simplesmente de acordo com suas convicções, dar maior ou menor valor para determinadas provas, ou mesmo considerar algo provado ou não. É necessária a elaboração de critérios doutrinários e jurisprudenciais objetivos (2020, p. 772).

Uma interpretação semelhantemente literal e restritiva do art. 202 do CPP também poderia contrariar este voto, com o argumento de que a proposta ora encaminhada retiraria dos policiais a capacidade de prestar testemunho em juízo. Tal resposta, todavia, desconsidera o fato de que não estou sugerindo nenhuma restrição à *admissibilidade* do testemunho policial, que é o primeiro grande momento de interesse do direito probatório, conforme explanado acima. Todo agente policial cujo depoimento for admitido pelo juiz poderá prestá-lo no curso do processo, e a isso, que é o sentido do art. 202 do CPP, não trago nenhuma restrição.

Minha tese não se vincula à *admissibilidade* do testemunho, mas sim aos critérios de sua *valoração racional*, o segundo grande momento do fenômeno probatório. Essa etapa não é regida pelo art. 202 do CPP, que se limita a instituir uma regra geral de admissibilidade do testemunho e nada diz sobre sua valoração. A valoração propriamente dita é tratada pelo art. 155 do CPP, que, numa concepção racionalista da prova, admite a imposição – mormente pela jurisdição superior, no exercício da competência de definir a interpretação da legislação federal – de parâmetros objetivos para sua valoração pelo magistrado.

Em termos ainda mais diretos: exigir corroboração de um testemunho não significa inadmiti-lo, até porque, para que seja passível de corroboração, o depoimento precisa primeiro ter sido admitido e produzido em juízo, exatamente como manda o art. 202 do CPP. Acredito, aliás, que o testemunho policial continuará sendo necessário, inclusive para esclarecer aspectos fáticos não abrangidos pela gravação audiovisual e para contextualizar o que está representado nas filmagens.

É possível que a falta de previsão legal explícita para a tese que ora proponho seja vista como um obstáculo a sua adoção, em nome do princípio da legalidade; de forma similar, talvez se afirme que minha proposta configuraria um retorno ao sistema de prova tarifada.

Respeitosamente, discordo desse ponto de vista. A lei brasileira, seguindo uma tradição que se detecta em maior ou menor medida nos países do sistema romano-germânico, pouco desceu em minúcias no segundo conjunto de regras de direito probatório (o da sua valoração). Se sobre a admissibilidade das provas contamos com disciplina legal relativamente exaustiva, isso não é verdade quando falamos sobre a atividade de julgar quais fatos estão provados; e, ainda assim, o juiz precisa apreciar provas e fatos, pela vedação ao *non liquet*, não podendo se escudar na omissão da lei.

Logo, na ausência de critérios legislativos explícitos, o magistrado inevitavelmente terá de usar algum parâmetro para aferição das provas, bem como adotar um *standard* probatório a ser ultrapassado pela acusação (mesmo que não use esses termos em sua sentença), nenhum dos quais está previsto na lei. Se o Judiciário deixar de dizer quais critérios são esses, para evitar uma (inexistente) ofensa à legalidade, isso não significa que não os utilizou, mas somente que se omitiu em declará-los abertamente. Nenhum critério de valoração probatória que for empregado pelo julgador no exame do testemunho está previsto literalmente no CPP, e mesmo assim o juiz é obrigado a valer-se de algum processo mental (todos eles sem codificação expressa) para tanto. A própria presunção de veracidade que comumente se atribui ao testemunho policial não é positivada no direito brasileiro, mas resulta da *construção de um critério* jurisprudencial.

Não há como escapar da obrigação legal de julgar provas e fatos; o que proponho, neste voto, é simplesmente o detalhamento de expressões mais abertas, com baixa densidade normativa – como livre apreciação da prova (art. 155 do CPP), ônus da prova (art. 156 do CPP) e presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR/1988) –, para a finalidade de construir um sistema de critérios mais racionais do que aqueles atualmente empregados pela jurisprudência. Esse esforço, a propósito, não foi orientado por convicções pessoais, mas sim por uma vastíssima produção doutrinária que, na negação da concepção subjetivista do art. 155 do CPP, beira a unanimidade.

O estabelecimento mais objetivo e claro desses parâmetros corresponde à vocação da jurisdição superior, a quem cabe unificar a interpretação de toda

a legislação federal – inclusive dos textos normativos genéricos, abstratos ou omissos, adjetivos que cabem todos em nosso vetusto CPP. Nada disso equivale a um retorno à prova tarifada, que não se confunde com o simples estabelecimento de critérios racionais para a valoração da prova.

São afins as considerações de RAVI PEIXOTO, no trabalho que resultou de sua pesquisa de doutoramento:

A decisão, relativa ao preenchimento do *standard* probatório, passa a pertencer a um campo de ampla discricionariedade de cada juiz, de difícil controle intersubjetivo. Essa situação ocorre porque, se o estândar probatório não precisa estar expresso na decisão, ele será utilizado de forma implícita pelo julgador, que não precisará indicar e nem justificar qual foi a suficiência probatória utilizada. Trata-se de um contrassenso em um contexto no qual há cada vez uma maior exigência de justificação e controle das decisões judiciais, a exemplo das exigências do art. 489, § 1º, do CPC e do art. 315, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019.

[...]

Uma vez que os estândares probatórios são definidos como questões de direito, incumbe aos tribunais superiores a fixação e a uniformização dos estândares aplicáveis ao direito brasileiro (2021, p. 27 e 76).

Essas razões estão em sintonia com aquelas adotadas no paradigmático precedente da Sexta Turma, relatado pelo douto Ministro *Rogério Schietti Cruz*, que deu nova interpretação à sistemática do reconhecimento de pessoas, no trecho que destaco a seguir:

Este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.

Isso porque a missão do Superior Tribunal de Justiça é, precipuamente, a de uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros. Deveras, estabelecer os parâmetros de aplicação das regras probatórias do processo penal requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, projetando a aplicação do Direito, mediante sua adequada interpretação, com base no julgamento dos casos de sua competência. Como acuradamente assere Daniel Mitidiero (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o

máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

(HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 18/12/2020.)

Críticos desta proposta poderiam, ainda, argumentar que ela presume falsos ou mentirosos os testemunhos dos policiais, mas tal compreensão é equivocada. A única presunção encampada neste voto é aquela de não culpabilidade, por exigência legal (arts. 156 e 386, II, V e VII, do CPP) e constitucional (art. 5º, LVII, da CR/1988). Não presumo a falsidade do depoimento do agente policial, mas simplesmente reconheço o risco de vieses ou corrupção e sugiro que suas palavras não sejam presumidas verdadeiras, porque isso é incompatível com outra presunção (esta sim, expressamente adotada no direito pátrio): a de não culpabilidade. Em minha proposta parte-se, portanto, de uma posição de mera neutralidade epistêmica entre os relatos dos policiais e do acusado, a fim de que *nenhum deles seja presumido verdadeiro ou falso*, mas que se exija, em respeito ao *standard* probatório da condenação criminal, que o Estado acusador produza provas independentes capazes de corroborar as alegações de seus agentes.

Diante de duas narrativas contraditórias (uma da defesa e outra da acusação), tendo apenas as palavras de seus respectivos narradores e sem elementos de prova adicionais – o *ponto de inflexão* a que se refere CÁSSIO CASTRO, na obra já referenciada –, não se pode concluir que alguma delas esteja suficientemente provada para os fins do processo penal. Nessa sistemática, como consequência, a presunção de não culpabilidade e a decorrente distribuição do ônus da prova, enquanto regras de julgamento frente à insuficiência probatória, operam em favor do acusado, para determinar sua absolvição. Veja-se que não há nisso a atribuição de maior ou menor grau de veracidade às palavras de nenhum ator processual (ao contrário do que acontece atualmente, em que a palavra da polícia é onipotente), tampouco presunção de verdade ou falsidade em nenhuma delas.

VI.2 – *Objções relacionadas à independência entre os poderes*

Próxima à objeção da legalidade, talvez se afirme que a tese ora defendida violaria a separação entre os poderes, ou interferiria na autonomia do Executivo para definir suas políticas públicas, ou afetaria a autonomia orçamentária dos entes federados, que precisariam investir em sistemas de gravação audiovisual para se adequar a este voto.

Dirirjo dessa compreensão porque, como já dito, *este voto não obriga a União e nenhum dos Estados a aparelhar suas polícias com os equipamentos necessários à realização das filmagens.*

É importante perceber que as formas de prevenção e repressão à criminalidade resultam sempre de escolhas políticas, o que significa dizer que o modelo atualmente adotado por nossas polícias não é fruto de um acaso, nem de uma obrigatoriedade legal, mas sim de uma decisão tomada pelo Estado. Esse é o tema da obra *A política do enquadro*, prefaciada com brilhantismo pelo Ministro *Rogério Schietti Cruz*, a que acenei previamente; com fartas referências históricas sobre a trajetória institucional da PM/SP, o livro assim anuncia sua tese central:

A transformação do uso dos enquadros pela PMESP é produto de um pacto político realizado ao fim dos anos 1990 com o intuito de recobrar a sua legitimidade e garantir a sua sobrevivência institucional em um contexto de profunda crise. Além disso, o aumento no uso dos enquadros é sintoma do fortalecimento de uma agenda político-criminal antipopular e antidemocrática em que uso de táticas situacionais intrusivas (que fazem um emprego intenso e proativo de enquadros) foi catalisado pela reabilitação do ideal de “lei e ordem” que opera de maneira seletiva, produzindo e reproduzindo processos de hierarquização social fundados em relações raciais e de classe histórica e espacialmente determinadas (MATA, 2021, p. 30).

Manter uma política de combate ao tráfico de drogas pautada em “enquadros”, assim, não é um imperativo jurídico, mas uma opção feita por agentes públicos, e cabe ao Estado arcar com os ônus e bônus das escolhas por ele feitas. Caso contrário, nenhuma prática estatal de combate à criminalidade poderia ser avaliada criticamente na jurisdição penal, que se limitaria a uma função meramente homologatória das informações e acusações construídas pelo aparato investigativo em seus procedimentos internos.

Dito de outro modo, é o Estado quem precisa atender aos ônus inerentes à estratégia judicial por ele adotada, formular uma estratégia diferente ou então suportar o desgaste político do insucesso de sua política de segurança. Não é possível, contudo, o rebaixamento de *standards* probatórios criminais para adequá-los à maior conveniência estatal, porque isso eliminaria a própria razão de ser da jurisdição criminal. O Judiciário tem a competência exclusiva para administrar sanções penais (*nulla poena sine iudicio*, proclamaria FERRAJOLI) exatamente para impedir que a liberdade e a vida do cidadão fiquem à disposição daquilo que a polícia e o Ministério Público considerem o meio probatório mais

barato, ou mais rápido, ou menos trabalhoso. De forma ainda mais simples: é a acusação quem precisa se estruturar, inclusive financeiramente, para atender ao *standard* probatório do processo penal, e não o *standard* quem deve se rebaixar para atender à conveniência financeira do Estado acusador.

Idênticas conclusões foram alcançadas pelo Ministro MARCO AURÉLIO BUZZI e por VITÓRIA DE MACEDO BUZZI, ainda que escrevendo sobre tema diverso, referente às audiências de custódia. Seu trabalho integra o excelente livro *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*, que tem o Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ como um de seus organizadores e do qual tive também o prazer de participar enquanto coautor, ao lado dos Ministros REYNALDO SOARES DA FONSECA, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e JOEL ILAN PACIORNIK. Eis o que dizem os BUZZI em seu primoroso artigo:

Somente a humanização da justiça, e sua maior aproximação com o cidadão, poderá tornar o ambiente judicial menos estéril, com chances de propiciar ao julgador uma compreensão mais apurada e sensível, no sentido de que fatores como a produtividade, os custos com o deslocamento de custodiados, a logística do aparelho estatal, da escolta policial – enfim, a preocupação com o custo operacional da máquina –, não se sobreponham ao direito do custodiado à vida, dignidade, e integridade física e psicológica, e à prestação jurisdicional de excelência no curso do processo criminal (p. 621).

Toda e qualquer interpretação de regras probatórias carrega em si algum nível de gasto público, e isso é algo inerente às atividades investigativa e jurisdicional. Quando nossa jurisprudência proclama, por exemplo, que o testemunho indireto não é suficiente para fundamentar a pronúncia ou a condenação (AgRg no REsp n. 1.940.104/AM, relator Ministro *Joel Ilan Paciornik*, DJe de 19/5/2022), está-se criando um ônus probatório, do qual o Estado, caso deseje se desincumbir, terá de efetuar gastos adicionais, remunerando promotores, delegados, agentes policiais e juízes para localizar e ouvir em juízo a testemunha direta. Seria mais barato, com certeza, contentar-se com o simples relato indireto, por parte de algum agente policial, sobre o que ele *ouviu dizer* de testemunhas inquiridas durante o inquérito, mas nem por isso admitimos tal prática, justamente por não se adequar ao *standard* probatório do processo penal.

Do mesmo modo, quando decidimos que a prova pericial para demonstrar a incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do CP somente pode ser

dispensada em situações pontuais (AgRg no HC 679.692/SC, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe de 11/10/2021), estabelecemos um ônus probatório que só é vencido pelo Estado mediante a realização de investimentos financeiros na contratação de peritos, na manutenção dos equipamentos necessários para seus exames etc. Definitivamente, seria mais prático e menos custoso dispensarmos a perícia em situações simples e admitirmos seu suprimento pela prova testemunhal, mas não o fazemos, novamente, por uma questão de *standards* de prova.

Encerrando minha lista de exemplos práticos, o próprio acórdão (HC n. 598.886/SC, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, DJe de 18/12/2020) que revolucionou o reconhecimento de pessoas – e, ousado dizer, a epistemologia da prova no direito brasileiro – carrega uma dimensão financeira, porque se o aparato acusador quiser utilizar a ferramenta do reconhecimento pessoal como meio para assegurar condenações, terá de incorrer em gastos para aparelhar as polícias em um nível que permita cumprir o ônus probatório ali estabelecido.

Tudo isso é fundamentalmente diferente de ordenar a um ente federado específico, de forma direta, que adquira X quantidade de câmeras para emprego por sua força policial dentro de um prazo Y. Aí, sim, seria possível cogitar-se de intervenção na liberdade político-orçamentária estatal, algo que não é *per se* vedado ao Judiciário – como mostra a recente decisão do STF nos autos da ADPF 635/RJ –, mas também não é o que proponho neste voto. Aqui, restrinjo-me a tratar de um *standard* probatório específico do processo penal, e se não fosse possível a este STJ fazê-lo pelos eventuais impactos financeiros gerados para o aparato sancionador, melhor seria abolir de vez nossa competência em matéria probatória, porque toda decisão que exija a produção de algum tipo de prova (como nos três exemplos supracitados) terá, ao menos potencialmente, um impacto financeiro.

VI.3 – Objeções práticas

Preocupações com um risco de impunidade generalizada também me soam exageradas. Primeiramente, porque argumentos *ad terrorem* sobre a impunidade não autorizam o rebaixamento de um *standard* probatório criminal; e, em segundo lugar, porque as agências policiais do país terão a total liberdade de fazer uma análise de custos e benefícios e optar pela implementação de sistemas de gravação audiovisual em suas rotinas ou não, bem como de avaliar se pretendem manter sua atual cosmovisão da segurança pública como um campo de batalha.

Réus serão absolvidos no futuro somente se ocorrer uma específica conjunção de fatores: (I) as polícias decidirem preservar inalteradas suas rotinas de trabalho, insistindo num *approach* baseado em “enquadros”; e (II) as mesmas entidades e o Ministério Público resolverem concluir inquéritos e ajuizar ações penais tendo como único suporte probatório a palavra dos policiais, recusando-se a produzir outras provas ou empregar procedimentos de investigação e inteligência diversos. Tais escolhas, reprimis, são eminentemente políticas, e cabe às instituições por ela responsáveis a maturidade institucional de suportar seus ônus e bônus.

Finalmente, sabedor de quão politicamente carregado é o tema do controle da atividade policial, deixo um *caveat* que pode até soar desnecessário aos colegas juristas, que bem compreendem os fundamentos de meu voto, mas que não custa redigir em termos claros. As considerações que fiz não traduzem um ataque à dignidade das polícias, muito menos à atuação pessoal de seus membros, em sua maioria homens e mulheres valorosos, que exercem com brio e galhardia uma função difícil, perigosa, não remunerada de acordo com o nível de responsabilidade a ela inerente e que, não raro, impõe um pesado custo à saúde física, mental, familiar e social dos que a exercem. É grande seu sacrifício e não o desmereço de forma nenhuma.

As ponderações que ora submeto a este colegiado se pautam, diversamente, em um cenário social e jurídico muito longe do ideal, em que as instituições estatais alimentaram ao longo das décadas, com métodos questionáveis, uma *guerra* com parte da população. Não é de qualidades morais individuais que trato neste voto, mas sim de balizamentos epistêmicos de natureza impessoal que dependam *menos* de qualidades morais e assegurem, com isso, maior transparência, segurança e racionalidade na atuação estatal. Os dados objetivos que apresentei sobre a violência policial, somados a exemplos de abusos, tornam necessária a definição de limites jurídicos claros para evitar a repetição de tragédias históricas, mas não parte, em momento nenhum, da presunção de que o cidadão brasileiro policial é essencialmente mentiroso, desonesto, torturador ou matador.

Longe disso. Todas os argumentos que expus baseiam-se em percepções impessoais, pautadas em dados empíricos produzidos por fontes independentes e em sintonia, no campo jusdogmático, com sólidos ensinamentos na teoria do direito probatório. Censura nenhuma dirijo aos milhares de bons policiais de nosso país, a quem tributo somente minha gratidão e respeito.

VII – Conclusão do julgamento do caso concreto

Como se colhe do acórdão recorrido, as únicas provas de autoria produzidas em juízo foram os depoimentos dos dois policiais militares responsáveis pela prisão do réu em flagrante. Por isso, com sustento em sua sobredita Súmula 70, o TJ/RJ assim sumariou suas razões para condenar o acusado:

Induvidosas a materialidade e a autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, demonstradas pelo Auto de Prisão em Flagrante (Doc. 000011), Laudo de Material Entorpecente (Doc. 000006), Laudo de Exame de Entorpecente (Doc. 000067), bem como pela segura prova oral.

Em Juízo, o *PoliciaI Militar* Jorge Luiz da Silva Correia discorreu que recebeu informação de que na comunidade da linha entre Pavuna x São João de Meriti, em boca de fumo, havia um homem branco, de tornozeleira, que sena do tráfico local, pelo que fizeram um cerco ali, tendo o homem se levantado e saído andando, tentando se evadir, mas o pegou e ele admitiu envolvimento no tráfico, revelando que o material estaria guardado em um terreno baldio, onde foi apreendida uma bolsa contendo drogas e um rádio transmissor, ligado na frequência do tráfico. Disse o prendeu e, continuando a operação, logo após houve a prisão do menor, que vinha em uma carroça, na qual o condutor estar todo machucado. Afirmou separou o acusado do menor e do maior para observar se havia contradição em seus relatos, tendo o menor lhes dito que era do Complexo da Penha e estava no local há um dia procurando seu primo que trabalhava na boca há uma noite. Asseverou que, o menor os levou na linha, e de uma moita de mato tirou um saco contendo drogas e rádio transmissor ligado na frequência do tráfico. Salientou não conhecia o acusado e não sabia se ele já tinha passagens pela justiça. Aduziu que não teria encontrado as drogas se o adolescente não as tivesse mostrado (Doc. 000058, p. 3).

No prumo dessa orientação prestou depoimento o *PoliciaI Militar* Alex Marinho Barros, relatando que, ao chegarem ao local, um grupo de 3 pessoas saiu andando rápido, pela linha férrea, entre eles estando o acusado, vulgo "19", com uma tornozeleira. Contou que soube do vulgo, por conta de um conhecido que mora na localidade, tendo o acusado os levado próximo a um valão, onde estavam as drogas e o rádio transmissor, não se lembrando se este estava ligado. Disse ficou na contenção e que, o menor foi preso em uma carroça, onde havia uma pessoa muito ralada, a qual informou que não conhecia o menor, tendo tirado este da carroça e lhe feito perguntas, asseverando que ele os levou para um local perto da linha férrea, onde havia uma sacola com drogas, não se recordando se havia. Aduziu que, o local ao qual o menor os levou, é diferente do local ao qual o acusado o fez (Doc. 000058, p. 4).

Por ocasião de seus interrogatórios, o acusado negou os fatos, dizendo que tinha acabado de sair do presídio, onde esteve preso por tráfico. Disse foi andar na

localidade onde tem um hospital particular em que sua mãe estava e ia encontrá-la. Afirmou que trabalhava no centro da cidade, de camelô, com o seu tio, mas no dia não estava trabalhando porque estava arrumando os documentos para a condicional que tinha vencido. Afirmou que os policiais o abordaram e negou fosse do tráfico, tendo lhes dito que tinha acabado de sair da cadeia e estava de pulseira há seis dias na rua. Ressaltou que só pelo fato de estar de tornozeleira o levaram. Negou ter visto a abordagem ao menor, só visualizando as drogas na Delegacia Doc. 000058, p. 5). Analisando-se o acervo probatório, conclui-se que a Defesa não logrou produzir provas capazes de ilidir a imputação pelo crime de tráfico, que restou configurado

[...]

É de se ressaltar, ainda, que o depoimento dos policiais não pode ser desconsiderado para fins de embasar a condenação, máxime quando não se aponta qualquer irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los. Neste sentido, temos a Súmula n. 70 desse Tribunal que enuncia que “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. Ademais, seria de todo incoerente que os agentes da lei fossem credenciados para o serviço de repressão da criminalidade e efetuação de prisões, mas não fossem acreditados pela justiça, sendo impedidos de depor sobre os fatos (e-STJ, fls. 190-192).

Ausente, por isso, qualquer prova independente dos testemunhos dos policiais para a demonstração da autoria delitiva, deve o réu ser absolvido, consoante o art. 386, V, do CPP. Afinal, a validade (e força probatória) do auto de prisão em flagrante depende de serem verdadeiras as alegações dos militares, enquanto os laudos periciais de exame dos entorpecentes, embora comprovem a materialidade do crime, não são capazes de elucidar sua autoria, porque novamente é dos testemunhos dos policiais que se extrai a vinculação entre a droga e o réu.

VIII – Dispositivo

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *dar provimento* ao recurso especial, a fim de restaurar a sentença absolutória.

É o voto.

REFERÊNCIAS

1. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION FOUNDATION OF MASSACHUSETTS; UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY SCHOOL OF LAW. *No tape, no testimony: how courts can ensure the responsible*

- use of body cameras*. 2016. Disponível em: <https://www.aclum.org/sites/default/files/wp-content/uploads/2016/11/ACLU_BodyCameras_11.21_final.pdf>.
2. AMERICAN FILM INSTITUTE. *100 years... 100 heroes and villains*. 2003. Disponível em: <<https://www.afi.com/afis-100-years-100-heroes-villians/>>.
3. AMNESTY INTERNATIONAL. *Stop torture global survey: attitudes to torture*. 2014. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/act400052014en.pdf>>.
4. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
5. BARBOSA, Daniel et al. *De-escalation technology: the impact of body-worn cameras on citizen-police interactions*. 2021. Disponível em: <<https://warwick.ac.uk/fac/soc/economics/research/centres/cage/manage/publications/wp581.2021.pdf>>.
6. BOHLANDER, Michael. *Basic concepts of german criminal procedure: an introduction*. *Durham Law Review*, v. 1, n. 1, 2011.
7. BRAGA, Anthony et al. *The benefits of body-worn cameras: new findings from a randomized controlled trial at the Las Vegas Metropolitan Police Department*. 2017. Disponível em: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/251416.pdf>>.
8. BÜLTE, Jens. *Möglichkeiten und Grenzen beweis erleichternder Tatbestandsfassungen im Strafrecht*. *Juristen Zeitung*, v. 69, n. 12, 2014.
9. BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi; BUZZI, Vitória de Macedo. *Audiência de custódia presencial é direito do preso e dever do estado no combate à tortura*. In: CRUZ, Rogério Schiett Machado; BADARÓ, Gustavo; DEZEM, Guilherme Madeira. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência (volume 2)*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
10. CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. *A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção de inocência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 166, n. 28, 2020.
11. CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
12. CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021.

13. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/prisaopreventiva.pdf>>.
14. _____. *Situation of human rights in Brazil*. 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Brasil2021-en.pdf>>.
15. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Subsídios à missão do Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção da Tortura (SPT) ao Brasil*. 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/informe-spt-fevereiro-22-10h-impressao.pdf>>
16. CONECTAS et al. *Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*. 2016. Disponível em: <https://issuu.com/julgandoatortura/docs/julgando_a_tortura>.
17. CONECTAS. *Tortura blindada*. 2017. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2017_Tortura_Blindada_sumario_executivo.pdf>.
18. COVEY, Russell. *Police misconduct as a cause of wrongful convictions*. Washington University Law Review, v. 90, n. 4, 2013.
19. CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Apresentação*. In: MATA, Jéssica da. A política do enquadro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
20. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *DPRJ reúne 1.250 relatos de maus tratos e tortura de presos em 1 ano*. 2021. Disponível em: <[https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_\(1\).pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_(1).pdf)>.
21. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>.
22. DORFMAN, David. *Proving the lie: litigating police credibility*. American Journal of Criminal Law, v. 26, 1999.
23. DRUMMOND, Clayton; MILLS, Mai Naito. *Addressing official misconduct: increasing accountability in reducing wrongful convictions*. Wrongful Conviction Law Review, v. 1, n. 3, 2020.
24. EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT. *Preventing police torture and other forms of ill-treatment:*

reflections on good practices and emerging approaches. 2019. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680942329>>.

25. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

26. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: JusPodivm, 2021.

27. FOLHA DE SÃO PAULO. *Letalidade policial desaba 85% em batalhões de SP com câmeras em uniformes*. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/01/letalidade-policial-desaba-85-em-batalhoes-de-sp-com-cameras-em-uniformes.shtml>>.

28. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro da segurança pública*. 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anoario-brasileiro-seguranca-publica/>>.

29. _____. *Escuta dos profissionais de segurança pública no Brasil*. 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/11/escuta-policiais-2021-fbsp.pdf>>.

30. FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

31. _____. *Evolving concepts of epistemic injustice*. In: KIDD, Ian James et al. *Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Londres: Routledge, 2017.

32. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Critérios para valoração da prova obtida mediante buscas pessoal e domiciliar*. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires et al. *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

33. HAACK, Susan. *Federal philosophy of science: a deconstruction and a reconstruction*. *New York University Journal of Law and Liberty*, v. 5, n. 2, 2010.

34. _____. *The embedded epistemologist: dispatches from the legal front*. *Ratio Juris*, v. 25, n. 2, 2012.

35. JESUS, Maria Gorete Marques; RIGON, Bruno Silveira. *Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 162, 2019.

36. JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *“A gente prende, a audiência de custódia solta”: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão*. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 12, n. 1, 2018.

37. JOHNSON, Vida. *Bias in blue: instructing jurors to consider the testimony of police officer witnesses with caution*. Pepperdine Law Review, v. 44, n. 2, 2017.
38. LEE, Harper. *To kill a mockingbird*. New York: Harper Collins, 2014.
39. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
40. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tribunais Superiores e standards de prova*. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
41. MARTIN, Diane. *The police role in wrongful convictions: an international comparative study*. In: WESTERVELT, Saundra; HUMPHREY, John. Wrongly convicted: perspectives on failed justice. New Jersey: Rutgers University Press, 2001.
42. MATA, Jéssica da. *A política do enquadro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
43. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. *Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Criminais, v. 27, n. 156, 2019.
44. NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Government misconduct and convicting the innocent: the role of prosecutors, police and other law enforcement*. 2020. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Government_Misconduct_and_Convicting_the_Innocent.pdf>.
45. NEVES, Thereza Cristina Coitinho das. *A palavra policial como prova onipotente do tráfico de drogas e o grande encarceramento*. In: ESPINERA, Bruno et al. A prova e o processo penal constitucionalizado: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.
46. NEV-USP. *Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. 2011. Disponível em: <<https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/>>.
47. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Eighth annual report of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. 2015. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/064/81/PDF/G1506481.pdf?OpenElement>>.

48. _____. *Brazil: UN experts decry acts of racialised police brutality*. 2022. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/brazil-un-experts-decry-acts-racialised-police-brutality>>
49. PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodvim, 2021.
50. POPPER, Karl. *Realismus und das Ziel der Wissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
51. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
52. RAMOS, Vitor de Paula. *As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado*. In: SALGADO, Daniel de Resende et al. *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.
53. READY, Justin; YOUNG, Jacob. *The impact of on-officer video cameras on police-citizen contacts: findings from a controlled experiment in Mesa, AZ*. 2015. Disponível em: <<https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/the-impact-of-on-officer-video-cameras-on-police-citizen-contacts-jec.pdf>>.
54. ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal*. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017.
55. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. *Corrupção e governo: causas, consequências e reforma*. Rio de Janeiro: FGV, 2020.
56. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.
57. RUSSELL, Bertrand. *The collected papers of Bertrand Russell*. Londres: Routledge, 1997 (v. 11).
58. SALLA, Fernando Afonso et al. *Investigação e processamento de crimes de tortura em Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte*. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambeses. *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.
59. SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel do juiz no grande encarceramento*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
60. STATISTA RESEARCH DEPARTMENT. *Number of people shot to death by the police in the United States from 2017 to 2022, by race*. 2022. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/585152/people-shot-to-death-by-us-police-by-race/>>.

61. STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano*. Revista de Informação Legislativa, v. 52, n. 206, 2015.
62. _____. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
63. SUTHERLAND, Alex et al. *The effect of police body-worn cameras on use of force and citizens' complaints against the police: a randomized controlled trial*. 2015. Disponível em: <<https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/246429/JQC11.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
64. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
65. _____. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
66. _____. *Evidence, truth and the rule of law*. Revista de Processo, v. 39, n. 238, 2014.
67. THÉVENOZ, Luc. *La perte d'une chance et sa réparation*. In: WERRO, Franz. *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*. Berna: Stämpfli, 2002.
68. UN HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. 2016. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/831519?ln=en>>.
69. VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Salvador: JusPodivm, 2021.
70. WARREN, Jonathan. *Hidden in plain view: juries and the implicit credibility given to police testimony*. DePaul Journal for Social Justice, v. 11, n. 2, 2018.
71. WIGMORE, John Henry. *A treatise on the system of evidence in trials at common law*. Boston: Little Brown, 1905 (v. 2).
72. _____. *The problem of proof*. Illinois Law Review, v. 8, n. 2, 1913.

VOTO-VISTA

Cuida-se de agravo de *Carlos Alberto Serra Alberto* em face de decisão proferida no *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ*, que inadmitiu seu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, alínea “a”, da

Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido no julgamento da apelação criminal n. 0087737-72.2019.8.19.0001.

Em primeiro grau, o ora agravante foi absolvido, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal – CPP, da prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, (tráfico de drogas) e 35 (associação para fins de tráfico), c.c. art. 40, IV, todos da Lei n. 11.343/06 (fl. 111).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial para condenar o agravante pela prática do crime de tráfico de drogas à pena privativa de liberdade de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 720 dias-multa, à razão mínima (fl. 199). O acórdão ficou assim ementado:

Apelação. Artigos 33 e 35, c/c 40, VI, todos da Lei 11.343/06. Absolvição, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. *Recurso do Ministério Público.* Condenação nos termos da denúncia.

1. Induvidosas a materialidade e a autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, demonstradas pelas provas técnicas acostadas aos autos, bem como pela segura prova oral produzida. Os relatos dos policiais militares responsáveis pelo flagrante, foram uníssonos no sentido de que estavam em operação, em local dominado pela facção criminosa comando vermelho, quando prenderam o acusado, que apontou aonde estavam as drogas. As condições da prisão, assim como a diversidade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, 260 pinos de pó branco, com as inscrições “Favelinha da Linha R\$ 5, 15 e 30”, contendo 100g de Cannabis Sativa I, deixaram evidente sua destinação de mercancia, estando as drogas embaladas, prontas para a venda. O fato de as drogas não estarem nas mãos do réu, não enseja o descrédito dos policiais e conseqüente absolvição, até porque foi o próprio réu quem apontou o local em que elas estavam. Os depoimentos dos policiais não podem ser desconsiderados para fins de embasar a condenação, quando não se aponta qualquer irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los, em conformidade com a Súmula n. 70, do TJRJ. Desta forma, a condenação do acusado pelo crime do artigo 33, *caput*, da Lei Antidrogas é medida que se impõe.

2. Para a configuração do crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, é necessário que se demonstre, de forma cabal, que há associação do acusado com outros agentes com o escopo de traficar drogas, em caráter estável e permanente. Não restou comprovado que o recorrente estava associado a outros indivíduos para o tráfico de drogas. É possível que estivesse, mas não houve certeza dessa associação. *Recurso parcialmente provido.* (fls. 186/187)

Em sede de recurso especial (fls. 221/241), a Defesa apontou violação ao art. 33 da Lei n. 11.343/06 e ao art. 386, VII, do CPP, porque o Tribunal de

origem reformou a sentença absolutória para condenar o recorrente pela prática do crime de tráfico de drogas, muito embora não houvesse prova suficiente de que o entorpecente apreendido pertencia ao acusado, tampouco de que teria ele praticado qualquer conduta prevista na norma incriminadora.

Requer, então, a absolvição do recorrente.

Contrarrrazões do *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* (fls. 245/249).

O recurso especial foi inadmitido no TJ em razão da incidência do óbice da Súmula n. 7 do *Superior Tribunal de Justiça – STJ* (fls. 251/254).

Em agravo em recurso especial, a Defesa impugnou o referido óbice (fls. 263/269).

Os autos vieram a esta Corte, sendo protocolados e distribuídos. Aberta vista ao *Ministério Público Federal – MPF*, este opinou pelo desprovimento do agravo, em razão da incidência do óbice da Súmula n. 7 do STJ (fls. 290/292).

Entrementes, em Sessão Ordinária de 23 de agosto de 2022 desta 5ª Turma, o eminente relator Ministro Ribeiro Dantas proferiu voto assim ementado:

Penal e Processual Penal. Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Condenação baseada exclusivamente nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Proposta de alteração da jurisprudência dominante. Presunção de veracidade dos testemunhos policiais. Descabimento. Ofensa aos arts. 155, 156 e 158-A a 158-F do CPP. Inviabilidade de atribuir à defesa o ônus de provar a falsidade das alegações da polícia. Violação disfarçada ao art. 156 do CPP. Reconhecimento dos riscos objetivos de confiabilidade do depoimento policial. Prevenção de injustiça epistêmica. Necessidade de exigir critérios racionais para a valoração da prova. Interpretação do art. 155 do CPP. Impossibilidade de acolher a tese acusatória não corroborada por prova independente e falseável. Perda da chance probatória, diante do desinteresse do Estado em produzir provas relevantes. Necessidade, ademais, de instituir meios objetivos de controle para a redução da letalidade e da tortura policiais. Compromissos internacionais assumidos e reiteradamente descumpridos pelo Brasil, em especial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de absolver o réu.

1. Conforme a orientação atualmente dominante na jurisprudência desta Corte Superior, a palavra dos policiais responsáveis pela prisão do réu em flagrante é fundamento idôneo e suficiente para a prolação de sentença condenatória. Pelas razões aqui declinadas, é necessária a superação desse entendimento.

2. É ingênua e irreal a ideia de que policiais nunca mentiriam em seus testemunhos, ou que nunca teriam motivos para incriminar falsamente um

réu que não conhecem. Consoante vasta produção de pesquisa nacional e internacional, há diversas razões que limitam a credibilidade do testemunho policial, desde os vieses cognitivos próprios das corporações até a existência de incentivos (como pressões por produtividade, ausência de fiscalização, criação de uma aparência de dureza no combate ao crime) para a fabricação de acusações falsas. Na realidade, a má conduta policial é uma das principais causas de anulação de condenações de pessoas inocentes.

3. Tais fatores de risco são ainda maiores no cenário brasileiro, em que, no ano de 2021, a polícia foi responsável pela morte violenta de 6.145 cidadãos (13% do total de assassinatos cometidos naquele ano), ou 17 mortes por dia. Existe uma visão bélica nutrida pelas instituições policiais que prejudica objetivamente a confiabilidade das provas por elas produzidas. Compreensão adotada pela Quinta Turma no julgamento do REsp 1.916.733/MG.

4. As mesmas constatações podem ser encontradas em diversos estudos produzidos por organizações independentes, estatais e não governamentais, nacionais e internacionais.

5. Presumir a veracidade do depoimento policial até a (impossível) produção de prova de sua falsidade viola as regras dos arts. 155, 156 e 158-A a 158-F do CPP, invertendo em prejuízo da defesa o ônus que é exclusivamente da acusação.

6. Há evidente injustiça epistêmica, tanto testemunhal como hermenêutica, na atribuição de uma posição *a priori* de superioridade ao testemunho do agente policial sobre a versão do réu. Admitir a condenação baseada unicamente nos depoimentos policiais equivale a dizer que basta que alguém seja acusado por uma autoridade estatal para que sofra uma condenação criminal.

7. Diversamente do que proclamam majoritariamente as instâncias ordinárias, o art. 155 do CPP e o regime de livre apreciação da prova não se pautam no simples convencimento psíquico do magistrado, mas sim na existência de critérios objetivos de racionalidade que viabilizem um controle intersubjetivo da valoração probatória feita na sentença. Posicionamento doutrinário virtualmente unânime na esfera internacional.

8. A hipótese acusatória pautada exclusivamente nos depoimentos de policiais falha no critério da corroboração, porque não é produzida nenhuma outra prova independente capaz de confirmá-la; da diferenciação, porque a prestação do testemunho pode também encobrir uma acusação falsa formulada pela polícia, não havendo provas adicionais que permitam verificá-la; e da falseabilidade, por ser na prática impossível à defesa produzir prova da falsidade das alegações dos agentes.

9. A exigência de gravação em áudio e vídeo do momento da abordagem policial, diferentemente, traz um meio de corroboração independente e imprescindível para a hipótese acusatória, conferindo ao julgador maior segurança para o proferimento de um decreto condenatório e evitando a condenação de pessoas inocentes.

10. Configura perda da chance probatória a inércia estatal em buscar meios independentes de confirmação da tese acusatória, contentando-se a acusação em produzir somente um mínimo de prova com a apresentação dos testemunhos dos policiais. Teoria encampada também pela Quinta Turma ao julgar o AREsp 1.940.381/AL.

11. O uso de câmeras corporais pela polícia é reconhecido por uma miríade de estudos empíricos como um dos meios mais eficazes para evitar a letalidade e a tortura policiais, concorrendo assim para o atendimento de compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional e cuja observância é frequentemente cobrada pelos organismos que o país integra.

12. Existe uma clara conexão entre a admissão da condenação baseada somente nos depoimentos de policiais e as práticas de tortura, homicídio e incriminação de inocentes pela polícia, porque o entendimento jurisprudencial atualmente dominante fomenta um vácuo de controles efetivos e objetivos da atuação policial.

13. A palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.

14. Ausente a filmagem, as provas materiais colhidas pelo policial quando testemunhou os fatos (como a droga, armas ou outros objetos apreendidos na prisão em flagrante) só podem ser utilizadas para fundamentar a condenação se sua vinculação ao réu for corroborada por prova independente da palavra do policial que as arrecadou.

15. Este aresto não impõe a nenhum dos entes federados ou a seus órgãos policiais a obrigação de adquirir câmeras e utilizá-las na rotina da polícia, nem usa o recurso especial como meio de tutela coletiva ou abstrata. Está-se, aqui, propondo somente a superação de um entendimento jurisprudencial anterior, com a adoção de uma nova *ratio decidendi*. Eventuais efeitos que a *ratio* produzir sobre outros casos decorrem unicamente da força persuasiva dos precedentes judiciais (algo de todo desejável em nosso sistema), mas não de uma eficácia erga omnes ou vinculação sobre outros poderes.

16. Qualquer decisão que interprete regras probatórias carrega em si algum nível de gasto público, o que é inerente às atividades investigativa e jurisdicional. Estabelecer *standards* de prova e a forma de atendê-los, porém, é fundamentalmente diferente de ordenar ao Estado que realize um gasto público específico, tema que não é objeto deste voto. Cabe ao Estado optar, dentro de sua esfera de discricionariedade, se permanecerá com a política atual ou adotará uma nova, arcando em qualquer caso com os ônus respectivos.

17. É a acusação quem tem o ônus de se estruturar para atender ao *standard* probatório do processo penal, e não o *standard* quem deve se rebaixar para

atender à conveniência financeira do Estado acusador. A única discussão relevante, por conseguinte, é aferir se determinado meio de prova vence o *standard* do processo criminal; sendo a resposta negativa, como aqui argumento, a simples preocupação financeira do Estado não permite que a condenação se satisfaça com um prova inservível para tal fim.

18. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de absolver o réu.

Pedi vista para análise mais aprofundada e minuciosa do caso.

É o relatório.

O recurso especial deve ser conhecido. Em consonância com o voto do eminente Relator, entende-se não ser caso de incidência do óbice previsto na Súmula n. 7 do STJ. Trata-se, na hipótese, de revisão hermenêutica de critérios de distribuição de ônus probatório e, de conseguinte, da avaliação da prova concreta dos autos, não de seu revolvimento.

Atendidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, passo, então, ao exame do recurso especial.

Peço vênia ao eminente Relator para divergir da proposta relativa ao valor probatório do testemunho policial, embora, no caso concreto, por razões diversas, também entenda ser caso de absolvição do recorrente.

São notórios e indiscutíveis o brilhantismo, a proficiência e a profundidade do voto do insigne Ministro Ribeiro Dantas. No entanto, entendo ser equivocada a compreensão de que o testemunho policial possui valor inferior ao de outras provas testemunhais e, portanto, não poderia, em nenhuma hipótese, fundamentar isoladamente uma condenação criminal.

Passarei a demonstrar as razões de minha respeitosa discordância, não sem antes, novamente, enaltecer a qualidade técnica e a seriedade científica do voto de relatoria.

Cabe, de início, certa digressão teórica para contextualizar a discussão e permitir, em um segundo momento, a verificação da natureza jurídica do depoimento policial.

I - Prova, verdade e standard probatório mínimo para a condenação

O direito probatório tem aptidão para conformar todo o sistema processual na medida em que seu objeto constitui o elo entre o tangível mundo dos fatos

e o intangível universo normativo de análise e valoração das hipóteses fáticas sustentadas pelas partes. A prova tem por objetivo, assim, permitir ao julgador a tomada de conhecimento de fatos pretéritos, que não presenciou diretamente, mas sobre os quais deve emitir uma decisão.

Nesse sentido, incontroversa a centralidade da prova como meio pelo qual se efetiva o direito processual, intrinsecamente dependente da reconstrução histórica dos fatos pretéritos, para o fim de comprovar as teses e narrativas aduzidas pelas partes.

Em se tratando especificamente de processo penal, cujos valores em jogo são caros ao Estado Democrático de Direito e à comunidade em geral, notadamente a liberdade individual, de um lado, e a segurança pública, de outro, potencializa-se a função da prova como instrumento de realização de justiça. Os riscos de uma decisão equivocada exigem que se compreenda muito bem a função e a operacionalização dos dados extraídos da realidade, que servem de suporte e subsídio para a prolação de uma sentença de mérito, potencialmente limitadora da liberdade do acusado.

Destarte, deve-se buscar, ininterruptamente, aprimorar e fortalecer os critérios de obtenção, admissão, produção e valoração de elementos de prova mediante os melhores parâmetros à disposição, científicos e racionais, resguardando-se a comunidade a partir do estabelecimento de critérios suficientes e adequados para firmar a convicção do magistrado e amparar as decisões a serem tomadas pela autoridade.

Nesse cenário, faz-se imprescindível que a decisão judicial reflita o maior acerto possível com os fatos ocorridos na realidade. No entanto, não se desconhece que a busca pela verdade real ou absoluta não encontra guarida em um sistema processual penal garantista, de vez que é “carente de limites e confins legais”, e é permissiva de um sem número de abusos e arbitrariedades - tudo em nome do atingimento da verdade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38).

Com efeito, os limites éticos, jurídicos e epistemológicos impostos à admissibilidade, à produção e à valoração probatória obstaculizam o atingimento de uma verdade absoluta. O necessário respeito aos direitos e garantias do acusado, a proibição de utilização de prova ilícita, o direito à não autoincriminação, os limites temporais do processo, o instituto da coisa julgada: todos esses são exemplos de fatores impeditivos de uma persecução da verdade a qualquer custo.

Todavia, a impossibilidade fática e jurídica de se atingir uma verdade absoluta não conduz, evidentemente, ao abandono dessa enquanto valor norteador e justificador da atividade probatória. É a função primária da prova permitir a reconstrução histórica dos fatos, e, portanto, tornar possível a máxima aproximação da decisão judicial com a verdade processual ou com a verdade possível. Assim, a prova e a verdade travam entre si uma relação teleológica e não uma relação de correspondência ou coincidência.

Nesse sentido, anota Taruffo que a verdade não é um objetivo final autossuficiente, tampouco uma mera consequência colateral ou efeito secundário do processo civil: é apenas uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa. Uma vez que o processo judicial tem por objeto render justiça, e não simplesmente resolver conflitos, ou - *rectius* - está orientado a resolver conflitos por meio de uma solução justa, não se pode deixar de lado a verdade, como condição de justiça, na decisão dos casos (TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23).

Diante da impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta, pode-se dizer que o juiz, com base na atividade probatória realizada, aceita ou considera um enunciado como *verdadeiro* quando existirem elementos probatórios suficientes no processo a amparar esta conclusão (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Trad.: Valentina Caraveli. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 85 e ss.).

O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, estampado no artigo 155 do CPP, com a exigência de fundamentação das decisões judiciais, obriga o magistrado a expor racionalmente os motivos pelos quais entendeu como comprovados os fatos aduzidos por determinada parte. Deve explicitar a razão pela qual a análise do conjunto probatório produzido no curso processual levou a ser preferível, por ter mais aderência aos dados de realidade extraídos das provas, determinada tese em detrimento de outra. Para tanto, não basta dizer que foi psicologicamente convencido da veracidade de uma das hipóteses apresentadas pelas partes, mas deve apresentar fundamentos objetivos e racionais de seu convencimento, tornando a decisão objetivamente controlável por via recursal.

Ou seja, a livre convicção judicial remete-se à noção de uma “liberdade objetiva” e não de uma “liberdade subjetiva” do magistrado. Como explica Knijnik, “a liberdade do convencimento judicial, não submetido a regras jurídicas predeterminadas de valoração, está sujeito às regras da lógica e a certos postulados

jurídicos, no sentido de afastar o subjetivismo". Dentre as regras limitativas do subjetivismo judicial, o autor destaca a importância dos "standards" ou "modelos de constatação", que nada mais são que critérios de decisão, ou seja, pautas segundo as quais é formado o juízo de fato e pode-se considerar provada uma determinada proposição (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17/19).

Caso entenda pela condenação do acusado, deve o magistrado explicitar porque compreendeu superado o *standard* probatório, ou seja, o patamar mínimo de prova exigido para se considerar uma hipótese fática como comprovada. No processo penal, os elementos constitutivos do crime e a autoria devem ser comprovados "além da dúvida razoável". A tese acusatória, para ser aceita ou considerada como verdadeira, deve explicar todos os elementos fáticos comprovados no processo, de forma coesa e íntegra, bem como deve afastar as hipóteses alternativas à hipótese incriminatória (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*. In: *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020).

É dizer, para se ver atendido o critério de decisão imposto ao processo penal, "a hipótese incriminatória deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e todas as outras hipóteses plausíveis, que permitem explicar os mesmos dados e que são compatíveis com a inocência do acusado, devem ter sido definitivamente refutadas" (SOUSA FILHO, Ademar Barros de. *Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, 2022, p. 228).

Caso contrário, se não superado esse *standard* probatório mínimo, há de ser decretada a absolvição do imputado, em prestígio à presunção de inocência.

Como adiante se examinará, a superação do *standard* probatório, consistente na comprovação do fato além da dúvida razoável, passa pelo filtro da valoração judicial, não cabendo, em juízo *ex ante*, determinar quais meios de prova podem ou não podem ser suficientes para tanto e quantas provas seriam necessárias para justificar uma condenação.

Dessa forma, "em um sistema racional de valoração, os standards probatórios não enquadram o juiz em um esquema definido que determine quais e quantas provas específicas, mas afirma critérios para que, por meio de uma valoração racional de todo o lastro probatório, possa-se aceitar algo como comprovado. Em outros

termos, é diferente impor por lei que a comprovação demanda necessariamente duas testemunhas oculares e definir que a prova deve sustentar o fato além da dúvida razoável” (VASCONCELLOS, 2020, op. cit.).

Nos próximos itens, far-se-á uma breve análise sobre a importância da prova testemunhal na reconstrução histórica dos fatos no processo penal, bem como acerca da alocação do depoimento policial em um necessário ponto de equilíbrio entre a supervalorização probatória e a desconfiança epistemológica.

II - Prova testemunhal e sua importância na reconstrução dos fatos

A testemunha é um terceiro, alheio à relação jurídica processual e ao fato delituoso, que, por meio de algum dos seus sentidos, percebe a ocorrência do crime ou de algum aspecto a ele relacionado. Em razão deste conhecimento, a testemunha presta depoimento perante a autoridade policial ou judicial sobre a ocorrência do fato pretérito percebido, relevante à comprovação das hipóteses fáticas alegadas pelas partes no processo.

Alcalá-Zamora e Levene asseveram que “em sentido jurídico-probatório, testemunhas são terceiros chamados a comunicar ao julgador sobre suas percepções sensoriais extrajudiciais” (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945, Tomo 3, p. 83, tradução livre).

Por sua vez, Frederico Marques conceitua a prova testemunhal como “a que se obtém com o depoimento oral sobre fatos que se contêm no litígio penal. (...). No depoimento, que é a narração da testemunha perante o magistrado, deve conter-se o que a ela foi dado perceber por intermédio de qualquer dos sentidos. A testemunha pode depor sobre o que viu, como sobre o que ouviu, e ainda sobre qualquer outra percepção obtida por um dos demais sentidos, como, *verbi gratia*, o olfato ou tato” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium Editora, 2009. v. 2, p. 333).

A etimologia da palavra testemunhar (do latim *testari*) remonta aos verbos “mostrar”, “asseverar”, “manifestar”, “testificar”, “confirmar”, enquanto a palavra testemunha (*testis*) significa, em acepção ampla, toda coisa ou pessoa que afirma a verdade de um fato (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 114).

Na reconstrução histórica dos fatos, o testemunho é, sem dúvidas, a prova por excelência. No processo penal, a prova testemunhal assume uma importância

ímpar, pois “o crime é um fato, é um trecho da vida, e, conseqüentemente, é, em regra, percebido por outrem” (NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, fls. 113).

Eugenio Florian, na mesma linha, concorda que “quase nenhum processo pode desenvolver-se sem testemunhas; o processo concerne a um pedaço da vida vivida, um fragmento de vida social, um episódio da convivência humana, pelo que é natural, inevitável, seja representado mediante vivas narrações de pessoas” (FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Milano: F. Vallardi, 1926. v. 2, p. 68).

Na mesma esteira, afirma Cernelutti ser o processo penal o reino da prova testemunhal, ante a sua imprescindibilidade ao deslinde do feito (CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1950. v. 1, p. 308).

Evidentemente, a importância da prova testemunhal caminha lado a lado com as preocupações concernentes à sua falibilidade, pois a testemunha é um ser humano, sujeita, portanto, às subjetividades e às vulnerabilidades que acometem todos os homens. Assim, não se pode dizer que o depoimento testemunhal sempre corresponderá à verdade, seja porque pode estar sujeito à formação de falsas memórias e ao esquecimento (fatores involuntários de contaminação da prova testemunhal), seja porque não se pode descartar a possibilidade de estar a testemunha a mentir (fator voluntário de contaminação da prova testemunhal) (KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 74 e ss.).

No entanto, a despeito dos consistentes e valorosos estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho, que apontam ser esse meio de prova falível, fato é que o simples abandono da prova testemunhal não é uma opção válida para o sistema de justiça criminal. Pode-se – e deve-se – buscar e implementar meios de aprimoramento de sua produção (melhores técnicas de inquirição, formulação de perguntas abertas e não sugestivas, colheita da prova em tempo razoável, entre outros) e formas de melhor valorá-la, sem que, contudo, cogite-se descartar a prova testemunhal enquanto meio de demonstração da veracidade de fatos pretéritos.

Nesse contexto, pode-se dizer que o testemunho de policiais é, entre todas as provas testemunhais, a mais corriqueira no processo penal. Em diversos casos, como os que envolvem tráfico de drogas ou porte de entorpecentes para consumo próprio, a prova testemunhal policial é, muitas vezes, a única disponível, seja porque o fato ocorre à clandestinidade, seja porque eventuais

outras testemunhas podem recusar-se a depor, por receio de represálias ou qualquer outra razão.

Assim, é muitíssimo comum que a única prova produzida em juízo seja o depoimento do policial, assim como os únicos elementos informativos sejam as palavras dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, bem como os elementos dela decorrentes (apreensão de entorpecentes, por exemplo).

Diante deste cenário, queda-se em um aparente impasse entre a aceitação irrefletida da prova testemunhal policial ou a sua recusa ou subvalorização, condicionada à presença de outros elementos corroborativos, sem os quais ficaria absolutamente desprovida de valor probatório.

Entre esses dois extremos, propõe-se, neste voto, a busca por um caminho intermediário, que socorra, a um só tempo, aos reclamos da realidade fática (necessidade de se assegurar a segurança pública e a aplicação da lei penal) e às garantias do acusado (respeito ao *standard* probatório mínimo exigido para a condenação e concretização do princípio da presunção de inocência).

III - Depoimento policial: entre a supervalorização probatória e a desconfiança epistemológica

Não se olvide que há de se superar, sobretudo nas instâncias ordinárias, a fórmula genérica de que o depoimento do policial goza de presunção de veracidade e legitimidade, pois seria o agente policial dotado de fé pública.

Juízos pré-concebidos da prova, a exemplo do testemunho policial, abreviam o caminho a ser trilhado pela fundamentação e argumentação judiciais, permitindo ao magistrado o recurso retórico a máximas tidas por incontroversas, sem ter que se aprofundar necessariamente no exame minucioso do conjunto probatório.

Ao se adotar um enunciado tão frágil quanto refutável, no sentido que o depoimento policial consistiria em uma superprova ou em um testemunho acima de qualquer suspeita, superior aos demais testemunhos, tem-se por enfraquecido o processo penal, seja sob a perspectiva de instrumento de defesa do acusado contra abusos estatais, seja, sobretudo, sob a perspectiva de mecanismo de reconstrução histórica dos fatos pretéritos.

Abre-se margem para um subjetivismo judicial incontrolável, pois bastaria ao juiz afirmar que o policial indicou ser o réu autor do delito imputado e, uma vez gozando de fé pública, seu depoimento seria automaticamente verdadeiro.

Tal não encontra respaldo evidentemente em um sistema processual que preza por critérios racionais e objetivos de valoração da prova e escapa ao âmbito de uma motivação válida e juridicamente controlável.

A partir desse ponto de vista, pode-se objetar a compreensão de que a palavra de policiais goza de presunção de legalidade e veracidade na seara penal, porquanto essa máxima restringe-se ao campo do direito público, notadamente em matéria de atos administrativos, sem aplicação, portanto, no regime probatório do direito processual penal.

Contudo, a impossibilidade de se adotar a máxima da presunção de legitimidade e veracidade da palavra do policial não redundará em automática migração ao outro extremo da equação: considerar a palavra do policial como desprovida, por si, de valor probatório, salvo se corroborada por outros elementos de prova. Consoante esse entendimento, o testemunho policial possuiria um valor inferior em relação a outras provas testemunhais, de forma que, isoladamente, não poderia – em nenhuma hipótese – fundamentar uma condenação.

Tal entendimento tem como premissa básica uma generalização enviesada, pois, de antemão e sem amparo em dados concretos de realidade, taxa-se como indigna de confiança a palavra do policial, em verdadeiro demérito apriorístico. Exigir, antecipadamente e em qualquer hipótese, uma corroboração probatória independente do depoimento do policial é, em outras palavras, anular o valor isolado de sua palavra.

Cabe a ressalva de que não se desconhece a existência de uma exacerbada beligerância nos grandes centros urbanos, que parece acarretar um verdadeiro estado de guerra entre agentes estatais e facções criminosas. Entretanto, a etiologia dessa catástrofe não é tão simples de se compreender, pois exige estudo multidisciplinar muito mais aprofundado e específico, inclusive levando em consideração as peculiaridades das distintas regiões de um país de extensão continental.

A existência indubitável de abusos e disfunções atroz nos organismos policiais não autoriza concluir que representam a regra, sequer parcela expressiva da atuação das forças policiais. Portanto, não se justifica o nivelamento por baixo. Afinal, a jurisprudência atualmente dominante no STJ nunca conferiu caráter absoluto à presunção de veracidade dos testemunhos policiais, cuja validade sempre ficou atrelada à sua harmonização com o restante do contexto probatório.

Parece-me, assim, que a posição intermediária entre esses dois extremos - supervalorização ou desvalorização probatória do testemunho policial - apresenta-se mais adequada do ponto de vista técnico-jurídico e do ponto de vista de operacionalização do sistema processual penal.

Sob esse entendimento, a prova testemunhal do policial goza, a princípio e abstratamente, do mesmo valor probatório que qualquer outra prova testemunhal. Não deve haver, *a priori*, um juízo negativo do testemunho policial, com vistas a lhe imputar um valor probatório reduzido, sujeito à necessária confirmação por outros elementos de prova, sob pena de nada valer. Ao assim agir, corre-se o inevitável risco de retroceder ao sistema de prova tarifada, ao passo que se estaria estabelecendo, em juízo anterior, um valor imutável da prova, retirando do magistrado o poder-dever de livre valorá-la e de dar-lhe o valor merecido em cada caso concreto.

Em primeiro lugar, não cabe, em sede judicial, criar uma subvalorização abstrata do testemunho policial, pois o legislador assim não o fez.

Em consonância com o art. 202 do CPP, todas as pessoas naturais, abstratamente falando, podem ser testemunhas, já que basta, para tanto, que sejam capazes de depor acerca de suas percepções sensoriais (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945, Tomo III, p. 86).

Em concreto, pode ser testemunha qualquer pessoa que não participe da relação jurídica processual (partes, juiz, órgãos auxiliares do juízo, intérprete e defensor do acusado), bem como sobre quem não recaia nenhuma proibição de depor (em razão de dever de sigilo de informação conhecida por força de função, ministério, ofício ou profissão). Também não é testemunha a vítima, pois, diversamente daquela, essa não pode ser considerada um terceiro alheio ao fato, já que sofreu diretamente a ação criminosa e, em vista disto, possui natural interesse no resultado do processo.

De outro lado, aqueles dispensados de depor em razão de laços de consanguinidade ou de afeto com o réu, previstos no art. 206 do CPP, caso sejam ouvidos, não lhes serão deferido o compromisso de dizer a verdade e, portanto, serão considerados como informantes. Da mesma forma, os menores de 14 anos e os doentes e deficientes mentais, ao lado dos familiares do réu, não prestam o compromisso de dizer a verdade, por se entender que não reuniriam condições plenas para narrar o fato assim como ocorrido na realidade fática.

Excetuadas estas hipóteses legais, não se verifica qualquer outro impedimento para que a pessoa seja testemunha e seja valorada enquanto tal.

Os policiais não se enquadram nas hipóteses legais de proibição de depor, de dispensabilidade, nem estariam excepcionados do dever legal de dizer a verdade. Dessa forma, quando ouvidos, devem ser considerados, como foram pela lei, como verdadeiras testemunhas, sem nenhum valor pré-determinado e com a possibilidade de terem seus depoimentos valorados como prova testemunhal que são.

Em suma, não cabe aderir a uma postura que propugna pela atribuição de absoluta presunção de veracidade à palavra do policial, como tampouco é razoável adotar uma posição que parte da presunção de má-fé do policial e da inveracidade de seu testemunho.

A questão precípua volta-se à verificação de critérios próprios de valoração da prova testemunhal – o que vale para qualquer prova desta natureza e não só para aquela proveniente de agentes policiais – como verossimilhança, credibilidade, coerência interna e externa do relato e corroboração com o conjunto probatório e com as circunstâncias do caso concreto.

IV – Avaliação crítica da prova: valoração judicial do depoimento policial

Ao promover-se a valoração racional das provas, deve-se ter em conta métodos que permitam, além do devido resguardo à presunção da inocência, a necessidade de não se engessar a atividade judiciária mediante a imposição de critérios valorativos estabelecidos de forma apriorística, sem potencial para a efetiva apreensão da realidade fática.

Em sede de processo penal, que tutela a liberdade, deve-se reforçar o valor das provas obtidas e valoradas mediante critérios estabelecidos racionalmente, dentre os quais não se apresenta uma prova ontologicamente mais valorosa, mais verdadeira ou com maior capacidade de suportar as alegações dos fatos pelas partes.

O depoimento policial, assim como qualquer prova, seja ela testemunhal ou não, deve passar pela filtragem da valoração judicial, etapa final do procedimento probatório.

A prova deve chegar até o juiz sem qualquer roupagem pré-definida, sem estipulação prévia do peso que deve exercer no convencimento judicial. Cabe ao juiz, que teve contato direto com as provas e, portanto, tem melhores condições de avaliar sua credibilidade, definir o seu valor dentro do conjunto probatório.

Destaca-se aqui a importância do princípio da imediação e da percepção tida pelo juiz que teve contato direto com as provas, sobretudo aquelas

produzidas oralmente. O magistrado que tem diante de si produzida a prova oral está em melhor posição para avaliar a credibilidade e a veracidade da testemunha, porquanto assiste ao seu comportamento, a sua linguagem verbal e não verbal, bem como pode interagir com a fonte de prova, por meio de perguntas complementares. Bem conceitua Figueiredo Dias a imediação como: “relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 232).

Desse modo, o juiz, ao valorar a prova testemunhal, deve, com base na percepção aferida no momento da produção da prova e com respaldo em todo o conjunto probatório, avaliar a testemunha em si (avaliação subjetiva) e o conteúdo do seu depoimento (avaliação objetiva).

Sobre os fatores de ordem subjetiva, pode-se perquirir, por exemplo, se a testemunha teria motivos para falsear a verdade, por laços de amizade ou inimizade ou por interesses no deslinde da causa. No caso dos policiais, tal conclusão não pode ser automática, no sentido de afirmar que os policiais sempre teriam interesse em justificar a sua conduta e, portanto, não poderiam ser considerados como imparciais.

É necessário, para evitar recair em apego a outras máximas ou a generalizações equivocadas, verificar se, no caso concreto, havia motivos para os policiais deporem contra o acusado e em prejuízo da verdade (a exemplo da demonstração de conflitos prévios entre o policial e o acusado).

Mas, a princípio, não cabe falar em vieses e interesses intrínsecos e superiores aos policiais que sempre retirariam a credibilidade e a confiabilidade de seus relatos, porquanto tal representaria um demérito injustificado à sua atividade e à sua conduta. O policial, em razão de seu trabalho, percebe a ocorrência de um crime ou de circunstâncias relacionadas a ele, anteriores, concomitantes ou posteriores, e, nessa medida, é chamado a comunicar as suas percepções sensoriais às autoridades. É, pois, uma testemunha e deve ser valorada enquanto tal, sem atribuir-lhe, *a priori*, um peso superior ou inferior à demais.

Os vieses, assim como as expectativas, crenças e estereótipos, são filtros pessoais de percepção da realidade comuns a todos. Toda testemunha carrega vieses advindos de seu meio social, de sua formação e de suas concepções de mundo e, a partir deles, percebem e interpretam a realidade ao seu redor.

Cabe ao magistrado verificar se, no caso concreto, os vieses da testemunha ultrapassam os limites do razoável, ou seja, se superam a certa dose de viés e de estereótipos que todos nós carregamos, e, a partir desse ponto de inflexão, passa a influenciar diretamente a narrativa da testemunha, afastando-a da realidade fática. De igual modo, cabe verificar se, no caso em análise, a testemunha teria algum interesse especial no resultado do processo, que poderia justificar também um falseamento proposital dos fatos narrados.

Lado outro, o conteúdo do depoimento da testemunha há de ser valorado com acuidade pelo magistrado, a fim de se verificar a sua coerência interna e externa, sua credibilidade e sua veracidade.

Faz-se necessário, para tanto, proceder à uma avaliação crítica sobre a prova, nos termos do que propõe a teoria híbrida da prova, que conjuga, a um só tempo, uma abordagem baseada em argumentos probatórios (abordagem probatória argumentativa) e uma abordagem baseada em narrativas (abordagem probatória narrativa) (PEREIRA, Rui Soares. Os modelos de prova: problematização sobre a sua escolha e aplicação considerando um caso paradigmático, In: *Fundamentos de direito probatório em matéria penal*. Org. Kai Ambos e Ezequiel Malarino. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 70).

As hipóteses explicativas do fato, também referidas como narrativas, devem ser confirmadas por elementos probatórios, por evidências presentes nos autos, a fim de serem aceitas como comprovadas pelo julgador. Das provas produzidas nos autos, pode-se extrair argumentos probatórios que, em seguida, devem ser confrontados com as narrativas das partes. A narrativa também deve ser desafiada com contra-argumentos, ou seja, com eventuais elementos que lhe sejam contraditórios, com vistas a testar a sua resistência. Deve-se escolher a narrativa que melhor se coaduna com as provas e que melhor explica os fatos (PEREIRA, 2020, *op. cit.*, p. 71).

Em um segundo momento, cabe aferir se a narrativa em questão possui, em si e por si, uma coerência.

Conforme bem explica Pereira, a narrativa, para ser coerente, deve atender aos seguintes critérios: deve ser consistente (não conter contradições internas), completa (inexistir lacunas relevantes), plausível (provável ou crível) e verossimilhante (conformidade com o conhecimento sobre o mundo e possibilidade de expressar-se em generalizações) (PEREIRA, 2020, *op. cit.*, p. 71).

A verossimilhança, critério de avaliação crítica da prova, “é o caráter de enunciados, teorias e expressões que não contradigam as regras da possibilidade

lógica ou as das possibilidades teóricas ou humanas”. Assim, uma preposição é verossímil “se for considerad[a] compatível com o comportamento comum dos homens ou encontrar explicações ou respaldo nesse comportamento” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* (verbete - verossímil). Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.000).

João Gomes Neto também destaca a importância de se verificar a coerência da narrativa, o que se faz a partir da análise de três subcritérios: consistência (ausência de acontecimentos contraditórios), plausibilidade (consonância com um conhecimento de mundo geral - *commonsense knowledge*) e completude (presença de todos os elementos cronológicos sequenciais: causa - ação - consequência). (GOMES NETO, João. Modelo Integrado de Prova Aplicado a Determinado Caso. In: *Novos desafios da prova penal*. Org. Paulo de Sousa Mendes e Rui Soares Pereira. Coimbra: Almedina, 2020, p. 14 [e-book]).

A teoria híbrida da prova, que busca justificar a escolha de hipóteses fáticas de forma racional e holística, também pode ser emprestada para análise de provas individualmente consideradas, sobretudo no que tange à verificação da coerência global da narrativa da testemunha.

Nesse sentido, ao analisar um depoimento policial, há de se proceder à verificação de sua verossimilhança, ou seja, a sua adequação à experiência comum e ao conhecimento de mundo. Pode-se considerar verossímil a narrativa que se encaixa e se adequa às pessoas, às coisas, ao lugar e à situação fática em seu conjunto, ou seja, a todas as circunstâncias circundantes do caso concreto.

A coerência da narrativa também deve ser verificada de uma perspectiva interna (consistência) e de um enfoque externo (harmonia com o conjunto probatório). Internamente, o depoimento não deve ter inconsistências ou incongruências graves, seja em si mesmo, seja quando comparado com outros depoimentos dados pela mesma testemunha ao longo da persecução penal (por exemplo, depoimento prestado em sede de inquérito e depoimento prestado em juízo).

Não há que se dizer que a narrativa deva ser perfeita ou que os depoimentos da mesma testemunha devam ser idênticos, até porque tal poderia indicar possível fabricação do relato.

Quanto ao aspecto externo, a palavra do policial deve ser harmônica com as demais provas dos autos e com os demais elementos indiciários ou circunstanciais relacionados ao caso. Relevante, assim, que, quando presentes duas ou mais testemunhas policiais, sejam aferidas a consistência e a coerência entre os seus relatos.

Igualmente, deve o testemunho policial resistir aos elementos contrários à sua narrativa, entre eles, o interrogatório do acusado, que também deve passar pelo filtro de valoração da coerência interna e externa. Diferencia-se, por exemplo, a situação em que o acusado apresenta narrativa plausível, coerente e verossímil, com adequação aos dados concretos de realidade, da situação em que o réu apresenta versão fantasiosa e descolada dos demais elementos fáticos.

Em suma, “o confronto do depoimento da testemunha com as demais provas dos autos e com os depoimentos anteriores da própria testemunha pode corroborar hipóteses sobre a veracidade ou falsidade (intencional ou não intencional) de sua narrativa (...). Cabe, pois, verificar se há, entre os elementos probatórios reunidos no processo, de um lado, provas contrárias ao depoimento, que reduzam o seu grau de confiabilidade (...); bem como, de outro lado, provas que corroborem seu conteúdo” (KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 292/293).

No momento de decidir, o magistrado, a partir do exame crítico e objetivo da prova reunida no processo, verificará se a tese acusatória tem respaldo em argumentos probatórios e se sua narrativa é coerente em sua acepção ampla (consistente, completa, plausível e verossímil). Nesse sentido, Vitor de Paula Ramos discorre sobre a valoração racional da prova:

Nesse aspecto, a valoração será racional se presentes os seguintes critérios: completude (se todas as provas disponíveis forem levadas em consideração), coerência (se a valoração do conjunto das provas não contiver contradições internas, apresentando conclusões convergentes), congruência (se as provas levadas em consideração efetivamente disserem respeito aos fatos em apuração) e correção lógica (se as inferências do raciocínio forem logicamente válidas e justificáveis). (RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. In: *Revista de Processo*, n. 224, out. 2013, p. 51).

Além de confirmado pelo conjunto probatório (requisito da confirmação), a hipótese incriminatória não deve ser refutada pelas provas disponíveis (requisito da não refutação), tornando-a mais provável que as eventuais hipóteses fáticas alternativas. Devem ser erradicadas, nos termos do português Luis Filipe Pires de Sousa, as dúvidas internas e externas à hipótese acusatória (SOUSA, Luis F. P. de. *O standard de prova no processo civil e no processo penal*. Artigo antecipado do livro *Prova por presunção do direito civil*. 3. ed. 2017).

Humberto Theodoro Júnior destaca a importância de serem as provas objetivamente valoradas, “sem preconceitos subjetivos” e “sem hierarquização de valor entre elas”:

Todos os argumentos e todas as provas deduzidas no processo terão de ser racionais e objetivamente analisados, sem preconceitos subjetivos. O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao livre convencimento do sentenciante. O exame das provas, sem hierarquização de valor entre elas, terá de se realizar, segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da vontade do julgador, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos. O juiz apenas a descobre e declara na sentença, aplicando-a à solução do conflito submetido à jurisdição. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. p. 1.254 [e-book]).

A exigência de uma fundamentação qualificada, baseada na análise crítica da prova, tem o condão de superar os principais óbices relacionados à existência de unicidade probatória, sobretudo nos casos em que a única prova disponível é o depoimento policial. Isso porque se exige um esforço argumentativo muito superior à mera afirmação de que os policiais são dotados de fé pública e, na ausência de qualquer motivo a denotar a sua parcialidade, estaria justificada a decisão condenatória.

A partir desta análise, o julgador verificará se foi superado o *standard* probatório mínimo sobre a autoria e a materialidade delitivas e condenará o acusado, ou, caso esse patamar não tenha sido atingido, dever-se-á concluir pela absolvição do réu.

Tal método parece-me suficiente, racional e adequado para a valoração do depoimento policial e coloca-o em mesmo patamar que as demais provas testemunhais – nem excedendo sua capacidade probatória, nem menosprezando seu valor – o que, em suma, assegura, a um só tempo, a preservação dos valores processuais da eficiência e do garantismo.

V – As consequências práticas da decisão

No presente caso, é inegável a extensão do conteúdo normativo abstrato que subjaz a discussão em tela. É imprescindível, para a prolação do presente *decisum*, a interpretação de valores jurídicos abstratos, como a presunção de

inocência, o *standard* probatório mínimo para a condenação, a perda de uma chance probatória, a injustiça epistêmica e tantos outros.

Tais conceitos jurídicos são, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, “princípios normativos menos densificados, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto” (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, jul./set. 2019, p. 118).

A partir da edição da Lei n. 13.655/18, que inseriu novos dispositivos à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42), em especial o art. 20, passou-se a determinar a obrigatoriedade de o juiz considerar as “consequências práticas da decisão” toda vez que decidir com base em “conceitos jurídicos abstratos”.

O Decreto-Lei n. 9.830/19, responsável por regulamentar os novos dispositivos inseridos na LINDB, lançou luzes, nos parágrafos de seu art. 3º, sobre a definição de valores jurídicos abstratos (“aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”), sobre os limites do dever de considerar as consequências práticas da decisão (“apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”), bem como sobre a necessidade de o decisor demonstrar, na motivação da decisão, a adequação, a proporcionalidade e a razoabilidade da escolha feita.

Assim, ao decidir com base em conceitos jurídicos abstratos, o julgador deve necessariamente avaliar as consequências práticas advindas dos possíveis sentidos atribuídos aos valores indeterminados, demonstrando, em sua fundamentação, as razões pelas quais, à luz dessas consequências, optou por um específico entendimento. Assim, cabe ao decisor, sobretudo, vislumbrar os impactos orçamentários e econômicos decorrentes de sua escolha, bem como os reflexos que a decisão pode ter na tutela de outros interesses constitucionalmente protegidos e na operacionalização do sistema jurídico como um todo.

Esse dispositivo, aplicável ao âmbito administrativo, controlador e judicial (em todas as suas esferas, uma vez que a lei visa disciplinar todo o ordenamento jurídico brasileiro), tem como objetivo, além de aprimorar o dever

de fundamentação, fazer com que o decisor opte pela solução mais razoável, adequada e proporcional, à luz das consequências geradas por sua decisão.

Evidente que o processo penal, em razão de suas peculiaridades e da importância dos valores nele em jogo, não se submeterá sempre igualmente a outros ramos do Direito a critérios de cunho consequencialista e pragmático. A liberdade individual e a presunção de inocência não podem ser sacrificadas em prol de qualquer ideal meramente eficientista. Todavia, o julgador penal não pode ignorar os efeitos práticos de sua decisão, sobretudo nos casos em que a repercussão supera, em muito, os limites do caso concreto e redundando em uma alteração estrutural profunda em todo o sistema processual penal.

O entendimento no sentido de que a palavra do policial é desprovida, por si, de valor probatório e apenas poderia fundamentar uma condenação quando acompanhada por outra prova, mormente gravação, em áudio e vídeo, da ação policial, pode redundar em sérias consequências, sejam elas orçamentárias, sejam elas de operacionalização do próprio sistema penal, chegando até mesmo ao estímulo a uma impunidade generalizada.

Conquanto se tenha refutado, clara e previamente, qualquer intenção de ingerência nas políticas públicas, o condicionamento do valor da palavra do policial à existência de outras provas, sobretudo à presença de gravações, acaba, reflexamente, por gerar um ônus ao Poder Executivo de equipar seus policiais com câmeras corporais, sob pena de inevitável decréscimo da segurança pública. É razoável prever que esse cenário labiríntico possa acarretar impactos no orçamento e na organização das políticas públicas. Além disso, a impelida implementação dessa inovação em larga escala demandaria planejamento e considerável tempo para sua conclusão.

Conforme é cediço, as escolhas políticas são condicionadas concretamente pela reserva do possível, tanto sob seu viés financeiro (escassez de recursos e limites de orçamento), quanto sob sua perspectiva técnica (escassez tecnológica). Atrelado a esse conceito, tem-se também a noção de “escolha pública ou escolha trágica”, que “*parte das opções políticas que são possíveis de serem realizadas com os recursos existentes*” (SCAFF, Fernando Facury. Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. In: *Consultor Jurídico*, publicado em 23.01.18).

Ou seja, cabe ao gestor público, diante do cenário de escassez de recursos e de incessantes demandas sociais, identificar e eleger prioridades e, com base

nisso, formular políticas públicas voltadas a atender as principais necessidades da população.

Para além do incontroverso cenário de escassez financeira, também se pode vislumbrar a hipótese de escassez tecnológica, pois embora a tecnologia seja existente (câmeras corporais), deve-se pensar na viabilidade de gravação ininterrupta, bem como no armazenamento de todo esse conteúdo. Não se descarta a possibilidade de que, com o avanço pulsante das tecnologias, com o aumento crescente da competitividade no mercado tecnológico e com o consequente barateamento do produto final, venha, no futuro, a se tornar evidente a viabilidade técnica e financeira para equipar devidamente todos os policiais militares de todos os estados federativos. Desde que haja, naturalmente, a decisão política de assim fazer.

Sobre a temática, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, pela impossibilidade de o Judiciário impor ao Executivo a implantação de câmeras corporais nos policiais, porquanto tal representaria uma indevida ingerência na esfera de competência de outro poder, bem como desorganizaria a implementação de políticas públicas:

O cenário estabelecido não se revelava apto a legitimar a prestação jurisdicional deferida pelo STJ no sentido de fazer executar determinada atividade pública, já que, repise-se, *“não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial a atribuição de formular e de implementar políticas públicas* (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo” (RE 1.165.054/RN, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 9/11/2018), *pois, do contrário, a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo estaria, evidentemente, desorganizando a implementação de medidas que possuem natureza de políticas públicas*. Ao impor uma específica e determinada obrigação à Administração Pública, não prevista no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça não observou os preceitos básicos definidos no artigo 2º do texto maior, que consagram a independência e harmonia entre os Poderes e garantem que, no âmbito do mérito administrativo, cabe ao administrador público o exercício de sua conveniência e oportunidade (RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RE 480.107-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009).

(...)

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal – separação dos poderes (independência) e sistema de freios

e contrapesos (harmonia) – , por mais louvável que seja a implementação judicial de medidas impostas ao gestor da coisa pública, a fim de se evitar a fricção entre os poderes republicanos, a intromissão há de ser afastada dentro de um contexto fático normativo operado pela regra e não pela exceção, essa evidenciada quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, assinala nosso sempre decano, o eminente Ministro *Celso de Mello* (ARE 1.170.694/AC, DJe de 7/11/2018).

(...)

Incabível, portanto, na presente hipótese e em sede de *habeas corpus* individual, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo o aparelhamento de suas polícias, assim como o treinamento de seu efetivo e a imposição de providências administrativas como medida obrigatória para os casos de busca domiciliar, sob o argumento de serem necessárias para evitar eventuais abusos, além de suspeitas e dúvidas sobre a legalidade da diligência, em que pese inexistir tais requisitos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, nem tampouco no Tema 280 de Repercussão Geral julgado por essa *Suprema Corte*.

Diante de todo o exposto, em face do decidido no Tema 280 de Repercussão Geral, *conheço do recurso extraordinário para conceder parcial provimento e anular o acórdão recorrido* tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação (itens 7,1, 7.2, 8, 12, e 13 da Ementa); *Mantendo*, entretanto, a *concessão da ordem* para absolver o paciente, em virtude da anulação das provas decorrentes do ingresso desautorizado em seu domicílio. (STF, RE n. 1.342.077, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 2/12/21).

Quanto à corroboração por outras provas, resultantes do trabalho de inteligência policial, como a interceptação das comunicações telefônicas, há de se reconhecer a inviabilidade fática e operacional de se ter agentes e recursos alocados para investigar, neste nível de exigência e complexidade, todos os fatos delituosos, sobretudo considerando o *maremagnum* de casos envolvendo apenas os crimes de tráfico de drogas.

As dificuldades estendem-se também à colheita de outras provas testemunhais (para além do testemunho policial), ainda que supostamente mais simples de serem produzidas por exigirem menor dispêndio de recursos humanos e financeiros. Isso porque a produção dessa prova enfrenta o enorme desafio de furar a bolha de medo e terror que impera nas comunidades dominadas pelo tráfico.

No mês de setembro do corrente ano, o Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos (GENI) da Universidade Federal Fluminense, em parceria com o Instituto Fogo Cruzado, divulgou um estudo denominado “Mapa Histórico dos Grupos Armados do Rio de Janeiro”. A pesquisa verificou que, atualmente, 4,4 milhões de pessoas moram em áreas controladas por grupos criminosos (milícias e facções do tráfico de drogas), apenas no Grande Rio.

Nesse contexto, seja por força do forte controle exercido por grupos criminosos organizados sobre a população, seja pelo receio de represálias mesmo por traficantes individualmente considerados, torna-se justificável e até esperado que as testemunhas não queiram depor ou, se depõem em delegacia, que não voltem a depor em juízo.

A própria realidade das ações policiais de repressão ao crime, muitas vezes, inviabiliza o testemunho de pessoas alheias aos quadros estatais. Quer porque a incursão policial na comunidade foi à sorrelfa, taticamente planejada para causar surpresa, quer, como dito, pelo notório temor de testemunhar contra criminosos.

Não se quer, com isso, tentar justificar a redução do *standard* probatório mínimo para a condenação em razão da escassez financeira e tecnológica, das escolhas políticas, ou, ainda, em razão das condições fáticas que limitam a colheita de outras provas. Como explanado acima, há possibilidade de elevar a qualidade epistemológica da decisão judicial, com o devido respeito ao *standard* mínimo para a condenação, por meio de uma análise crítica e qualificada da prova.

A escolha pela exigência de uma fundamentação judicial qualificada, racional e objetiva, tem consequências mais controláveis e com menos rupturas sistêmicas do que o esvaziamento do valor probatório do depoimento policial.

VI - Conclusão

O depoimento policial tem a natureza jurídica de prova testemunhal e deve ser valorado enquanto tal. Dessa forma, o testemunho policial não pode ser, aprioristicamente, sobrevalorizado, sob o único argumento de que o policial goza de fé pública, tampouco pode ser subvalorizado, sob a justificativa de que sua palavra não seria confiável para, isoladamente, fundamentar uma condenação.

Adotar esse segundo posicionamento, ou seja, exigir a corroboração sistemática do testemunho policial em toda e qualquer circunstância, equivale

a inadmiti-lo ou destituí-lo de valor probante, ao menos no pertinente ao cerne da persecução penal, em limitação desproporcional e nada razoável de seu âmbito de validade na formação do conhecimento judicial.

Legalmente, o agente policial não sofre qualquer limitação ou ressalva quanto à sua capacidade de ser testemunha. Faticamente, inexistente também qualquer óbice ou condição limitativa da capacidade de o policial perceber os fatos e, posteriormente, narrar suas percepções sensoriais às autoridades. Não há que se falar em vieses ou interesses prévios superiores aos das demais testemunhas, uma vez que os vieses, assim como os estereótipos, são intrínsecos a todos os seres humanos, e os interesses, se existentes, devem ser aferidos casuisticamente e não estabelecidos *a priori*.

Dessa forma, inexistente qualquer razão que justifique a desvalorização da palavra do policial, atribuindo-lhe um valor inferior ao das demais testemunhas.

Cabe ao magistrado, em análise do caso concreto, valorar racionalmente a prova, verificando se preenche os critérios de consistência, verossimilhança, plausibilidade e completude da narrativa, bem como se presentes a coerência e adequação com os demais elementos produzidos nos autos.

A avaliação judicial da superação do *standard* probatório mínimo para a condenação não pode ser limitada a uma prévia determinação quantitativa e qualitativa da prova, porquanto tal representaria uma restrição ao livre convencimento motivado do magistrado e resultaria potencialmente em uma perda de qualidade epistemológica da decisão.

Por fim, por determinação do art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, cabe ao magistrado, toda vez que decidir com base em conceitos normativos indeterminados, considerar as consequências práticas de sua decisão. No caso, verifica-se que não são poucas nem irrelevantes as prováveis consequências advindas da decisão de atribuir valor probatório inferior aos depoimentos policiais: desde inevitáveis impactos no orçamento estatal e no planejamento de políticas públicas até a inviabilização do funcionamento do próprio sistema de justiça criminal com riscos reais de estímulo a uma impunidade generalizada, ante os obstáculos práticos de produção de outras provas, sobretudo nos casos envolvendo tráfico de drogas.

Assim, sem qualquer demérito ao brilhante voto do eminente Relator, cuja qualidade e densidade são dignas de destaque, entende-se ser sua conclusão impraticável. O voto, conquanto seja seminal, acaba por incidir em injustificável

injustiça epistêmica, ao adotar uma concepção redutora do testemunho policial, colocando-o, *a priori* e em abstrato, como inconfiável e presumidamente falso.

Ademais, a adoção dessa tese transcende a mera interpretação sistemática do processo penal, porquanto implica uma decisão política inexorável, com efeitos concretos seguramente prolongados: a aceitação pela sociedade da redução da capacidade do Estado de combater a criminalidade. Essa opção política deve ser discricionariamente tomada e validada pelos Poderes Executivo e Legislativo, cada qual no âmbito de suas competências constitucionais.

Inquestionavelmente, a proposta de implantação de câmeras acopladas aos agentes de polícia é valorosa, porém, não pode ser imposta, sequer obliquamente impelida pelo Poder Judiciário. Cabe ao Judiciário, sim, melhorar a qualidade epistêmica de suas decisões e tal é possível por meio de uma valoração probatória séria, objetiva e racional.

VII - Exame do caso concreto

À luz de todo o examinado, passa-se agora à análise do caso concreto.

Em primeira instância, o recorrente foi absolvido da prática dos delitos de tráfico de drogas e de associação para fins de tráfico, nos seguintes termos da sentença:

Todavia, examinando-se detidamente os elementos colhidos nestes autos, concluo que o conjunto probatório não fornece a certeza necessária para embasar uma sentença condenatória, no que diz respeito à autoria delitiva, diante dos depoimentos prestados pelas testemunhas, em Juízo.

As testemunhas ouvidas em audiência, policiais militares, que realizaram a abordagem, não foram conclusivas quanto à posse dos materiais entorpecentes e de rádio transmissor por parte do réu, apontando, inclusive, que a sacola com o referido material estava em outro local distante de onde este se encontrava, bem como que o adolescente apreendido e o acusado não estavam juntos, tendo ambos os agentes admitido que não tinham como afirmar se havia vínculo entre eles.

(...)

Não se descarta da presunção de validade dos atos praticados pelos policiais militares, havendo inclusive Súmula do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apontando que os depoimentos de policiais militares não se desclassificam tão-só pela sua condição profissional, sendo meio válido de obtenção de provas. Todavia, tais depoimentos devem ser apreciados à luz das demais provas nos autos, sendo necessário fazer uma análise da coerência de cada oitiva de acordo com o caso concreto.

(...)

Finda a instrução criminal, em análise aos depoimentos prestados em Juízo, verifico que não se demonstraram aptos a comprovar os fatos narrados na denúncia, deixando de corroborar a acusação formulada pelo Ministério Público, impossibilitando a expedição de um decreto condenatório em desfavor do acusado.

Sendo assim, diante do depoimento prestado pelos policiais militares em Juízo pairou uma dúvida razoável quanto a autoria delitiva. Primeiro porque ambos os agentes admitiram que o réu não estava de posse do material apreendido no momento da abordagem e nem que ele estava junto com o adolescente neste instante.

O policial Jorge Luiz, declarou: "... que o réu negou tudo, negou que tinha passagem, declarou que estava assinando tudo direitinho, mas que conforme ia sendo arguido, ele acabou falando onde que estava tudo isso. Indagado se o acusado estava com rádio transmissor, respondeu que estava junto na carga. Questionado se estava próximo a ele, respondeu que mais ou menos...".

Já o militar Alex afirmou: "... que chegaram no local onde tem uma boca de fumo, chegaram de viatura, quando foram desembarcar, teve um grupo de umas três pessoas que saíram andando rápido pela linha férrea, os policiais desceram, foram mais rápidos, foram até eles, nessa estava o cidadão de vulgo "Dezenove" que chamou a atenção por causa de uma tornozeleira... Disse que não se lembra se o acusado falou que era vapor porque quem falou mais com ele foi o seu colega e que estava mais preocupado com a segurança...".

Segundo ambos os policiais, o material apreendido no local que teria sido indicado pelo adolescente encontrava-se próximo à linha férrea onde estaria passando um grupo de indivíduos, dentre eles o acusado, conforme relato do policial Alex, já o suposto material indicado pelo réu estaria em um terreno baldio distante do local da abordagem, de acordo com o agente Jorge Luiz, já o outro policial afirmou que se encontrava próximo a um yalão, portanto, infere-se que o referido estaria distante do local da abordagem, não dando certeza de que pertenceria ao acusado e, muito menos, de que o réu estaria traficando no momento.

Outrossim, apesar de o policial Jorge Luiz confirmar sua versão apresentada em delegacia, com algumas divergências, o policial Alex diferentemente de sua narrativa em sede policial, não soube confirmar se o acusado confessou que estaria traficando no local e nem pode dar detalhes do momento da abordagem, apresentando versão superficial, negou que tenha participado da prisão e que estaria exercendo a função de segurança. (fls. 97/104)

O Tribunal local, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo ministerial, a fim de condenar o acusado pelo crime de tráfico de drogas, mantendo a

absolvição pela associação para fins de tráfico. Confira-se trecho do voto do desembargador relator:

Analisando-se o acervo probatório, conclui-se que a Defesa não logrou produzir provas capazes de ilidir a imputação pelo crime de tráfico, que restou configurado. Os relatos dos policiais militares responsáveis pelo flagrante, em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram uníssonos no sentido de que estavam em operação, em local dominado pela facção criminosa comando vermelho, quando prenderam o acusado que apontou aonde estavam as drogas.

Entretanto, seus depoimentos não revelam que o acusado estava em companhia do menor, associado a este, inviabilizando configurar o crime de associação para o tráfico ilícito de drogas.

As condições da prisão, assim como a diversidade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos deixaram evidente sua destinação de mercancia.

Frise-se que foram apreendidos 260 pinos de pó branco, ostentando as inscrições "Favelinha da Linha R\$ 5,15 e 30", contendo 100g de Cannabis Sativa L (Doc. 000067). Com efeito, o fato de a droga não estar nas mãos do réu não pode ensejar o descrédito dos depoimentos dos policiais e consequente absolvição.

É de se ressaltar, ainda, que, o depoimento dos policiais não pode ser desconsiderado para fins de embasar a condenação, máxime quando não se aponta qualquer irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los. Neste sentido, temos a Súmula n. 70 desse Tribunal que enuncia que "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". Ademais, seria de todo incoerente que os agentes da lei fossem credenciados para o serviço de repressão da criminalidade e efetuação de prisões, mas não fossem acreditados pela justiça, sendo impedidos de depor sobre os fatos. (fls. 191/192)

Dos trechos acima destacados, verifica-se que o juiz singular absolveu o acusado da prática dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sob o fundamento de ser frágil o conjunto probatório para sustentar a condenação. Reconheceu o sentenciante que a palavra do policial é digna de credibilidade e não pode ser desconsiderada tão só em razão de sua qualificação. Todavia, deve ser ela examinada à luz do caso concreto, avaliando a sua coerência com os demais elementos de prova existentes no processo (coerência externa), bem como sua coerência em si mesma (coerência interna do depoimento).

No presente caso, feita esta análise, concluiu o magistrado que os depoimentos policiais não foram capazes de estabelecer a certeza da autoria (ou a comprovação acima da dúvida razoável), um vez que ambos os agentes públicos admitiram que a droga não estava na posse do acusado, mas sim em um distante terreno baldio. Um dos policiais, ainda, prestou depoimento superficial,

declinando não saber se o réu teria confessado estar traficando no momento, assim como desconhecer maiores detalhes sobre a abordagem.

O acórdão, de outro turno, considerou comprovada a autoria do crime de tráfico de drogas, limitando-se a afirmar que seriam uníssonos os depoimentos dos policiais, no sentido de que estavam em operação e teriam abordado o recorrente, que, por sua vez, apontara o local onde estavam escondidas as drogas. Recorreu a decisão à Súmula n. 70 do TJRJ para fundamentar o édito condenatório.

Tal conclusão do Tribunal local não pode prevalecer. Consoante examinado ao longo deste voto, não cabe nem supervalorizar o depoimento policial, tampouco desvalorizá-lo. É dizer, assim como não cabe afirmar a presunção absoluta de veracidade, tampouco se pode presumir a má-fé policial.

Destarte, partindo de um campo valorativo neutro, no qual o depoimento policial tem um peso abstrato equivalente a qualquer outra prova testemunhal, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, verificar a coerência, plausibilidade e verossimilhança da narrativa, além da compatibilidade ou confronto com os demais elementos probatórios amealhados aos autos.

No caso concreto, os depoimentos dos policiais não preencheram os requisitos objetivos e racionais para serem considerados elementos aptos a superar o *standard* probatório mínimo para a condenação. O recorrente não foi abordado em situação indicativa da prática de tráfico, tampouco foi encontrado, em seu poder, entorpecente ou qualquer petrecho relacionado ao tráfico. Não há também dados acerca da informação que teria levado os policiais a abordarem o acusado, apenas o fato de estar ele com tornozeleira eletrônica.

Segundo os policiais, as drogas e o rádio comunicador foram encontrados em local bem distante daquele da abordagem e a apreensão só foi possível porque o réu teria indicado o local. Não soube o policial responder ao questionamento da Defesa acerca da razão pela qual teria o réu apontado o local onde havia escondido as drogas, já que não tinha qualquer elemento em seu desfavor a indicar a prática de crime. Não há explicitação das razões pelas quais o recorrente teria migrado de uma posição de absoluta negativa para, então, passar ao reconhecimento da autoria e à indicação do local de apreensão das drogas. Ausentes, pois, os subcritérios de completude e plausibilidade da narrativa.

Entre os depoimentos dos policiais, também se verificam certas discrepâncias, sejam relativas ao momento da abordagem, sejam acerca da interação com o recorrente.

O réu, por outro lado, apresentou, em narrativa coerente, as razões pelas quais estava no local da abordagem, a descrição completa da interação com os policiais e a negativa de autoria delitiva.

Assim, os depoimentos dos policiais não atenderam, no caso concreto, os requisitos de coerência interna e externa de suas narrativas e não resistiram ao confronto com os contra-argumentos apresentados pelo réu. Portanto, a autoria do delito e os elementos constitutivos do crime não foram comprovados para além de qualquer dúvida razoável.

Acertada, pois, a decisão absolutória de primeira instância, que deve ser restabelecida, ante a insuficiência de provas para a condenação do recorrente.

Reitera-se: a conclusão pela absolvição não parte da premissa abstrata e genérica de que a palavra dos policiais é insuficiente para fundamentar uma condenação, mas sim da constatação concreta e específica de que, na hipótese dos autos, a palavra dos policiais não foi suficiente para transpor o *standard* probatório mínimo para a condenação.

VIII - Dispositivo

Por todo o exposto, com a devida vênica ao laborioso e louvável voto do eminente Relator, dirijo da proposta de se reduzir, abstrata e genericamente, a capacidade probatória do testemunho policial e condicionar o seu valor à existência de gravações ou outras provas, porquanto tal entendimento representaria afronta ao art. 155 do CPP e ao art. 20 da LINDB, bem como ameaçaria a própria manutenção do sistema de justiça criminal. Proponho, em substituição, que o depoimento policial goze, abstratamente, do mesmo valor probatório que qualquer outra prova testemunhal, devendo o magistrado, no caso concreto, atribuir-lhe o valor devido, com base em critérios lógicos e racionais de valoração probatória.

No caso concreto, contudo, por entender que os testemunhos policiais não foram suficientes para comprovar a autoria do delito e, assim, para superar o *standard* probatório mínimo para a condenação, acompanhando o eminente Relator, voto pelo provimento do recurso especial para absolver o recorrente do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
1.335.803-PE (2018/0188227-0)**

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Alexandre Leal da Silva Junior

Advogados: Adeildo Nunes e outro(s) - PE008914

Plínio Leite Nunes - PE023668

Ricardo de Albuquerque do Rego Barros Neto - PE030937

Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco

Interes.: Cleiton Eloi do Nascimento

Advogado: José Ricardo Cavalcanti de Siqueira - PE024021

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ausência de impugnação a todos os fundamentos das decisões. Livre convencimento motivado. Validade. Tema constitucional. Impossibilidade. Recurso genérico. Vedação. Identidade física do juiz. Exceções. Férias. Ofensa não existente. Prejuízo concreto não demonstrado. Perícia. Preclusão. Exame em vídeos, vozes ou grafias. Desnecessidade. Interceptação telefônica. Nulidade. Inexistência. Prejuízo não demonstrado. Fonte autônoma. Excesso de linguagem. Não ocorrência. Motivo torpe. Não pagamento de dívida e vingança. Submissão ao Tribunal do Júri. Necessidade. Agravo regimental parcialmente conhecido e improvido.

1. Deixando a parte agravante de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, não merece ser conhecido o agravo regimental.

2. Não se conhece da parte do agravo em recurso especial quando quem o interpõe não se desincumbe do seu ônus de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida para não admitir a tese correspondente, na forma do art. 253, p.u., I, do RISTJ, e do enunciado da Súmula 182/STJ.

3. O sistema acusatório não veda o livre convencimento motivado, fundamentado em provas produzidas pelas partes, ainda que nas alegações finais elas não sejam invocadas, porque ele tem base no art. 155, *caput*, do CPP.

4. A alegação de incompatibilidade da lei federal com princípios e dispositivos constitucionais não pode ser apreciada em sede de recurso especial, uma vez que o exame da matéria é de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna.

5. Não se conhece de recurso especial quando suas razões são genéricas, se limitando a uma análise meramente jurídica, mas sem nenhuma relação com as situações específicas do caso concreto, apresentando-se cabível para qualquer impugnação relativa ao mesmo tema, o que acontece com a alegação de ofensa aos arts. 619 e 620, do CPP, sem indicação de qual o suposto ponto obscuro, omissivo ou contraditório no acórdão de 2º grau.

6. Se o juiz prolator da decisão de pronúncia estava de férias no período de realização da audiência, não há que se falar em ofensa à identidade física do juiz, eis que o § 2º do art. 399 do CPP deve ser interpretado de forma teleológica e sistemática, ainda aceitando as exceções do art. 132, do CPC/73.

7. Não há que se falar em nulidade do processo, por suposta ofensa ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que ele, além de admitir exceções, só ocasiona o vício processual em caso de demonstração de prejuízo concreto, o qual não se presume apenas em razão da existência de decisão que pronunciou o acusado.

8. O artigo 571, I, do CPP, estabelece que nulidades ocorridas na fase do sumário de culpa devem ser arguidas até as alegações finais, para serem decididas na ocasião da pronúncia, o que não houve *in casu*, pois a defesa suscitou a necessidade de perícia apenas nas razões do seu recurso em sentido estrito, o que impede o acolhimento do pleito em razão da preclusão.

9. O art. 158, *caput*, do CPP, exige a realização apenas de exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígios, o que, no caso dos crimes de homicídio, corresponde ao exame necroscópico,

inexistindo obrigatoriedade de realização de perícia em vídeos, em vozes ou em grafias para prova do delito e de sua autoria.

10. Se o acórdão em nenhum momento reconhece que houve conversas telefônicas interceptadas sem autorização judicial, a questão é de prova, o que impede uma revisão dessa constatação nesta via, diante do óbice da Súmula 7/STJ. Essa situação, ao lado da ausência de demonstração de prejuízo concreto, exigido pelo art. 563, do CPP, impede a declaração de nulidade da prova respectiva.

11. A arguição de ilicitude de determinado meio de prova - interceptação telefônica, não tem o efeito de ensejar a despronúncia do réu quando se verifica que as instâncias ordinárias fundamentaram as suas decisões em outros elementos que apontam os indícios suficientes de autoria do crime, sem qualquer indicação de se tratar de prova ilícita por derivação.

12. Não se cogita a presença de excesso de linguagem da pronúncia, ofensivo ao art. 413, § 1º, do CPP, quando as instâncias ordinárias não adentram em juízo de certeza, apenas fundamentando-se na existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, inclusive em resposta à tese contrária da defesa.

13. A menção feita pelas instâncias ordinárias à existência de elementos indicativos da possibilidade de o homicídio ter sido cometido em função da existência de dívida não paga pela vítima, em conjunto com vingança oriunda de tentativa de homicídio que teria antes sido por ela praticada, não permite a exclusão da qualificadora do motivo torpe, que deve ser submetida ao juízo natural do Tribunal do Júri.

14. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 14.11.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: *Alexandre Leal da Silva Junior* interpôs agravo regimental contra decisão monocrática, da minha Relatoria, que conheceu parcialmente seu agravo em recurso especial, assim como seu próprio recurso especial para, na parte conhecida, dar-lhe provimento, mas apenas excluindo a qualificadora do inciso IV do § 2º do art. 121 do CP, mantendo a pronúncia no restante do recorrente por homicídio qualificado pelo motivo torpe (e-STJ, fls. 1.905 a 1.924).

Em suas razões, o agravante sustenta, em resumo, que: 1) a pronúncia violou o sistema acusatório, ao valer-se de fatos e provas que o Ministério Público não se utilizou em sua acusação; 2) o acórdão que julgou os embargos de declaração violou os arts. 619 e 620, do CPP, sendo necessária a declaração de sua nulidade para que o órgão julgador examine as questões suscitadas; 3) é necessário afastar a incidência do art. 253, parágrafo único, II, “b”, parte final, do RISTJ, bem como da Súmula 7/STJ, para acolher a alegação de violação à identidade física do juiz; 4) o juízo de origem indevidamente se utilizou de provas sobre as quais era indispensável a realização de perícia; 5) as interceptações telefônicas realizadas são ilícitas, porque abrangeu pessoas que jamais figuraram como investigadas, sem que para se chegar a essa conclusão haja necessidade de reexame das provas dos autos; 6) a decisão de 1º grau incorreu em excesso de linguagem; 7) a qualificadora do motivo torpe foi inserida na pronúncia sem a devida fundamentação (e-STJ, fls. 1.936 a 1.958).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que conheceu parcialmente agravo em recurso especial, também conhecendo parcialmente o próprio recurso especial para, na parte conhecida, dar-lhe provimento, a fim de somente excluir uma

qualificadora de decisão que pronunciou o acusado, mas mantendo a sua submissão a julgamento perante o Tribunal do Júri pela suposta prática de homicídio qualificado pelo motive torpe.

Analisada a argumentação trazida no agravo regimental, verifica-se que duas teses debatidas na decisão monocrática agravada não foram devolvidas – existência de dissídio jurisprudencial e negativa de autoria, o que demonstra que a defesa já se conformou com a solução apontada em relação a ambas. Quanto às restantes, não é o caso de exercer o juízo de retratação, devendo o recurso ser submetido à *Quinta Turma* deste Tribunal. Passo, então, ao seu exame.

1. Da ausência de impugnação a todos os fundamentos da decisão agravada:

A defesa insiste em sete das suas teses nas razões de agravo regimental. Todavia, em quatro delas não refuta todos os argumentos na decisão agravada para rejeitá-las, o que impede o conhecimento do recurso em exame na parte a elas relacionada.

A alegação de ofensa ao sistema acusatório não foi aceita sob os seguintes fundamentos: 1) incidência do enunciado da Súmula 182/STJ; 2) indevida inovação recursal; 3) impossibilidade de abordagem de argumento de natureza constitucional; 4) jurisprudência dominante em sentido contrário à pretensão defensiva. O agravante impugnou o primeiro deles, mas não fez o mesmo em relação aos outros três.

Por sua vez, a afirmação de ofensa aos arts. 619 e 620, do CPP, não foi acolhida com os seguintes argumentos: 1) interposição de recurso com razões meramente genéricas em relação ao assunto; 2) incidência do enunciado da Súmula 284/STF. Não combateu este fundamento, ainda que se considere ter feito o contrário em relação àquele, embora não de forma clara.

A desejada realização de perícia não recebeu concordância da decisão monocrática agravada pelas seguintes razões: 1) preclusão; 2) desnecessidade. Porém, não houve nenhuma refutação àquele fundamento.

A assertiva referente à ilicitude das interceptações telefônicas, de seu turno, não foi aceita pelos seguintes motivos: 1) incidência do enunciado da Súmula 7/STJ; 2) ausência de demonstração de prejuízo; 3) existência de prova autônoma, suficiente por si só para manter a conclusão adotada. O primeiro fundamento foi impugnado, mas não os dois últimos.

Ora, na forma do art. 34, XVIII, “a”, do RISTJ, a ausência de impugnação específica a todos os fundamentos da decisão recorrida gera o não conhecimento do recurso, o que também recebe o respaldo da jurisprudência desta Casa:

Agravo regimental em *habeas corpus*. Tráfico de drogas (mais de 4 kg de maconha). Causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Negativa fundada na dedicação a atividades criminosas. Reexame fático-probatório. Inviabilidade. Regime fechado. Legalidade. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Incidência do enunciado da Súmula 182/STJ.

1. *Não merece conhecimento o agravo regimental que não impugna especificamente todos fundamentos da decisão agravada (Súmula 182/STJ).*

2. No caso, as razões do regimental encontram-se totalmente dissociadas dos temas discutidos no *writ*.

3. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no HC 615.921/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 18/02/2021; grifou-se).

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Violação do princípio da colegialidade. Não ocorrência. Não enfrentamento dos fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Agravo regimental conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.

[...]

4. *“Não merece ser conhecido o agravo regimental que deixa de infirmar todos os fundamentos utilizados na decisão agravada” (AgRg no AREsp 471.237/PA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).*

[...]

(AgRg no HC 629.406/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021; grifou-se).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Denúncia caluniosa. Tentativa. Alteração da fração de redução da pena. Impossibilidade. Critério utilizado pelo Tribunal *a quo* em harmonia com o entendimento desta Corte. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. Necessidade de revolvimento de prova. Súmula n. 7 do STJ. Fundamento não infirmado. Incidência da Súmula n. 182 do STJ. Agravo regimental não conhecido.

1. *A defesa não rebateu nas razões do agravo regimental todos os fundamentos do decisum que pretende ver reformado, motivo pelo qual incide a Súmula n. 182 do STJ.*

2. É condição necessária à admissibilidade de qualquer recurso que a parte interessada impugne os fundamentos da decisão combatida, conforme entendimento firmado pela Corte Especial.

3. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no AREsp 1.755.450/TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020; grifou-se)

Portanto, o agravo regimental não pode sequer ser conhecido em relação a nenhuma das quatro teses acima mencionadas. De todo modo, à medida que formos analisando as outras três, também demonstraremos que as quatro não conhecidas, de qualquer forma, não poderia ensejar o provimento ao recurso interno, o que, no entanto, será feito apenas como argumento adicional.

2. Do livre convencimento motivado e inexistência de ofensa ao sistema acusatório:

Ad argumentandum tantum, ainda que fosse possível conhecer o agravo regimental na parte que invoca ofensa ao sistema acusatório, o mesmo não ocorreria com o agravo em recurso especial.

Essa tese foi inadmitida na origem sob o argumento de ausência de correlação da matéria com os dispositivos legais invocados pela defesa, quais sejam os arts. 2º, 141 e 492, do CPC (e-STJ, fl. 1.757), o que atrairia a incidência da Súmula 284/STF (e-STJ, fls. 1.794 e 1.795).

Em suas razões de agravo em recurso especial, a defesa tentou fazer parecer que estava refutando a aplicação do enunciado da referida Súmula, mas o fez mediante alegação diversa, dizendo que deveria ser declarada a inconstitucionalidade do art. 385, do CPP, para utilização do art. 156, do mesmo Estatuto processual, mas sem indicar a conexão reclamada na decisão agravada ou sem criticar o argumento utilizado. Em outras palavras, não disse qual a relação entre os textos legais suscitados e o princípio acusatório, tampouco sustentando que essa ligação seria desnecessária.

Conforme o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ, é ônus do agravante impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, texto ratificado pelo impeditivo da Súmula 182 deste Tribunal Superior, segundo a qual “é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”. Anote-se, ainda, que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 932, III, reafirmou a orientação do STJ, ao exigir a impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: AgRg nos EREsp 1.387.734/RJ, Rel. Ministro *Jorge Mussi, Corte Especial*, DJe de 9/9/2014; e AgRg nos

EDcl nos EAREsp 402.929/SC, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Corte Especial*, DJe de 27/8/2014. Ademais, no julgamento do EAREsp 746.775, datado de 19-9-2018 e publicado em 30-11-2018, a Corte Especial do STJ manteve o entendimento da necessidade de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de incidência da Súmula 182/STJ.

A impossibilidade de aceitação dessa omissão cometida pela defesa mais recentemente tem sido ratificada pela jurisprudência desta Corte:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processo Penal. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Enunciado n. 182 da Súmula do STJ. Insurgência desprovida.

1. Enquanto a decisão de admissibilidade do recurso especial assentou os óbices das Súmulas n. 7 e 83/STJ quanto ao pedido de desclassificação e da Súmula n. 83/STJ quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, no agravo a defesa deixou de impugnar o óbice da Súmula n. 83/STJ com relação ao pedido de desclassificação.

2. *Deixando a parte agravante de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, é de se aplicar o enunciado n. 182 da Súmula do STJ.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.667.698/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 29/05/2020; grifou-se).

Recurso especial e agravo em recurso especial. Arts. 33, *caput*, 35, *caput*, todos da Lei 11.343/06. *Agravo em recurso especial. Decisão de admissibilidade negativa. Fundamentos. Ausência de impugnação. Súmula 182/STJ.* Recurso especial. Ingresso sem autorização judicial. Atuação com base em denúncia anônima. Impossibilidade. Ausência de outros elementos indicativos. Agravo não conhecido. Recurso especial provido. Concedido efeito extensivo.

1. *A ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial obsta o conhecimento do agravo, nos termos do art. 932, III, CPC de 2015, art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula 182 do STJ, aplicável por analogia.*

[...]

(REsp 1.790.383/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 06/05/2019; grifou-se).

Mas ainda que fossem superados os dois graves óbices processuais iniciais, de todo modo essa tese defensiva não poderia ser acolhida. Com efeito, a alegação é de que a violação ao sistema acusatório teria acontecido porque a pronúncia teria se baseado os indícios da autoria em provas não apontadas pelo Ministério Público. Para tanto, contudo, o recorrente se limita a refutar

a validade do art. 385, do CPP, que permite condenação mesmo quando a acusação pede a absolvição do acusado, o que não equivale ao mesmo assunto. Uma coisa é decisão judicial baseada em provas que foram produzidas, embora não tenham sido mencionadas pela acusação em pleito contrário ao acusado; outra coisa diferente é decisão judicial em prejuízo do réu e contra o pedido formulado pela própria acusação em benefício dele.

Por sua vez, a alegação de ofensa ao art. 156, do CPP, é tardia, em descabida inovação recursal efetuada apenas no agravo em recurso especial. Não fosse o bastante, o seu texto também não veda que o acusado seja pronunciado com base em provas não alegadas pela acusação. Tratando da matéria diferente, ele indica algumas hipóteses nas quais o juiz tem iniciativa probatória, o que inclusive caminha em sentido contrário ao sentido sustentado pela defesa.

Ademais, o sistema acusatório não veda o livre convencimento motivado, fundamentado em provas produzidas pelas partes, ainda que nas alegações finais elas não sejam invocadas. A primeira parte do art. 155, *caput*, do CPP, é clara no sentido de que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida. Entendimento contrário levaria o Judiciário a decidir contra o direito apenas porque uma das partes não foi eficiente em suas argumentações.

No sentido da validade da regra relativa ao livre convencimento motivado do juiz, atente-se para os arestos a seguir ementados:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Processual Penal. Roubo majorado em concurso formal, associação criminosa e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, todos em concurso material. Violação dos arts. 155 e 197, ambos do CPP. Tese de fragilidade probatória apta a sustentar a condenação. Provas judicializadas. Pleito de absolvição. Via imprópria. Necessidade de exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula 7/STJ.

[...]

2. Inexiste violação do art. 155 do Código de Processo Penal se observado o princípio do livre convencimento motivado, em que *o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar*, tendo a instância ordinária se utilizado sobretudo das produzidas sob o crivo do contraditório. [...] Concluindo-se pela autoria e materialidade delitiva, a alteração do julgado, para fins de absolvição por fragilidade probatória, necessitaria de revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp n. 1.620.044/PA, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 5/8/2020).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.780.512/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021; grifou-se).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Roubo majorado. Condenação. Provas judicializadas. Revisão. Não cabimento. Súmula 7. Agravo improvido.

1. Inexiste violação do art. 155 do Código de Processo Penal se observado o princípio do livre convencimento motivado, em que o *magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar*, tendo a instância ordinária se utilizado sobretudo das produzidas sob o crivo do contraditório.

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.620.044/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/06/2020, DJe 05/08/2020; grifou-se).

Além de tudo isso, vale ressaltar que a alegação de incompatibilidade do art. 385, do CPP, com a Constituição da República, assim como diversas alegações efetuadas pela defesa relativas a direito constitucional, não pode ser objeto de análise na via do recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF, estabelecida no art. 102, III, da CR:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Sonegação fiscal. Pleito absolutório. Arguida violação ao art. 386, V e VII, do CPP. Súmula n. 284/STF. Alegada violação a dispositivos constitucionais. Impossibilidade em âmbito de recurso especial. Fundamentos autônomos não impugnados. Súmula n. 283/STF.

[...]

2. Em segundo lugar, quanto a essa tese, *a parte recorrente aponta violação a dispositivos constitucionais* (art. 5º, XII, da Constituição Federal), cuja análise é necessária para dirimir a controvérsia, o que obsta o exame da matéria por esta Corte Superior, em recurso especial, uma vez que o *exame de matéria constitucional é de competência do Supremo Tribunal Federal* nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.604.092/ES, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020; grifou-se).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto qualificado. Nulidade. Defesa técnica insuficiente. Ausência de demonstração do prejuízo. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade de análise. Competência do STF. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Inovação recursal. *Habeas corpus* de ofício. Art. 44, III do Código Penal. Circunstância judicial desfavorável. Flagrante ilegalidade. Inexistência. Agravo não provido.

[...]

4. O recurso especial *não é a via própria para o deslinde de controvérsia relativa à matéria constitucional*, pois a análise de questão dessa natureza não é de competência desta Corte; mas, sim, *do Supremo Tribunal Federal*, conforme preceitua a Lei Fundamental.

[...]

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1.603.192/PB, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020; grifou-se).

A alegação de que a menção ao direito constitucional foi feita de passagem não melhora a situação do agravante. Primeiro porque nesse caminho ela seria desnecessária; segundo porque, sendo assim, não teria o condão de modificar o resultado obtido.

3. Da descabida interposição de recurso genérico quanto à tese de ofensa aos arts. 619 e 320, do CPP:

A devolução da tese referente a ofensa aos arts. 619 e 620, do CPP, está incluída, assim como a anterior, no âmbito da impossibilidade de conhecimento do agravo regimental.

Todavia, ainda que essa não fosse a solução, ela não poderia ensejar a anulação do acórdão de 2º grau, ao contrário do que afirma a defesa.

A colocação do recurso especial é de que o acórdão perpetuou os vícios internos de omissão, contradição e obscuridade, ao negar provimento aos embargos de declaração que opôs, situação que ensejaria anulação do julgamento.

No entanto, verifica-se que o recurso é completamente genérico nessa parte. Com efeito, em nenhum momento o recorrente diz quais as suas teses ou questões que não foram apreciadas pelo TJPE, tampouco dizendo em que ponto concreto teria havido contradição e obscuridade (e-STJ, fls. 1.709 a 1.711). Pelo contrário, restringe-se a uma fundamentação geral, que seria cabível para toda e qualquer hipótese de acórdão que negasse provimento a embargos de declaração, independentemente das suas circunstâncias fáticas reconhecidas no 2º grau, ou mesmo do conteúdo jurídico do assunto abordado. Dito de outra forma, as razões de recurso especial não enfrentou nenhum elemento concreto apontado na decisão que visou impugnar, correspondendo a uma peça meramente teórica ou dogmática, mas sem nenhuma relação com a realidade dos autos.

A respeito da interposição de recursos sem fundamentação pormenorizada e com alegações genéricas, aplicáveis a quaisquer outros casos que tenham as mesmas teses abstratas, confira-se o entendimento desta Corte:

Processual Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Fundamentos da decisão agravada. Não impugnação específica. Incidência da Súmula n. 182 do STJ. *Habeas corpus* de ofício. Inviabilidade. Decisão mantida. Agravo regimental não conhecido.

1. Os recursos devem impugnar especificamente os fundamentos da decisão cuja reforma é pretendida, *não sendo suficientes alegações genéricas* nem a reiteração dos argumentos referentes ao mérito da controvérsia.

[...]

(AgRg nos EDcl no AREsp 1.742.926/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021; grifou-se).

Processo Penal. Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Fundamentação. Recurso ordinário indeferido liminarmente por ser mera reiteração de *habeas corpus* já apreciado pela Quinta Turma. Ausência de impugnação do fundamento da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Agravo regimental não conhecido.

1. Como tem decidido esta Corte, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. *Não são suficientes meras alegações genéricas* ou à insistência no mérito da controvérsia.

[...]

(AgRg no RHC 139.723/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021; grifou-se).

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Associação para o tráfico de drogas, sequestro/cárcere privado e organização criminosa (PCC). Denúncia. Prisão preventiva. Sentença condenatória. Negado apelo em liberdade. *Writ* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Fundamentação do decreto prisional. Gravidade concreta. Fazer cessar atividade criminosa. Condenação a mais de 12 anos de reclusão. Mãe de duas crianças menores de 12 anos. Agravo regimental não conhecido.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular n. 182 desta Corte Superior.

[...]

3. Como tem reiteradamente decidido esta Corte, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual

se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. *Não sendo suficientes meras alegações genéricas* ou a insistência no mérito da controvérsia. Precedentes.

[...]

10. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no HC 615.038/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020; grifou-se).

Tanto é verdade que a tese foi devolvida no recurso especial de forma completamente genérica que nas razões de agravo regimental a defesa sustenta que indicou os vícios em suas razões de embargos de declaração (e-STJ, fl. 1.944). Porém, a sua omissão processual, como ressaltado, aconteceu no recurso especial, razão pela qual foi este o meio de impugnação que não foi conhecido, não aquele.

Ademais, a leitura das razões de recurso especial não dá a menor pista sobre em que ponto o acórdão teria sido viciado, tampouco permitindo saber se os embargos foram ou não indevidamente improvidos. Isso também atrai a aplicação da Súmula 284/STF por analogia: é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Assim, diante da inadmissibilidade, esta parte do recurso especial não pode ser conhecida (art. 253, parágrafo único, II, “a”, do RISTJ), ainda que fosse possível conhecer o agravo regimental quanto a ela.

4. Da ausência de violação à identidade física do juiz:

O recorrente também invoca o art. 399, § 2º, do CPP, segundo o qual deverá proferir sentença o juiz que presidiu a instrução. Nesse ponto, inclusive, o agravo regimental deve ser conhecido, uma vez que, diferentemente do que aconteceu quanto aos anteriores, agora o agravante impugnou todos os fundamentos da decisão monocrática agravada. Mesmo assim, não há como o referido recurso ser provido.

O acórdão recorrido disse, em primeiro lugar, que a identidade física do juiz somente se aplica à sentença, não alcançando a decisão de pronúncia. Embora seja interessante essa tese, este Tribunal vem entendendo em sentido contrário, ainda que indiretamente, uma vez que as alegações defensivas semelhantes geralmente têm sido rejeitadas por outros argumentos que pressupõem a sua aplicação, também, à primeira fase dos processos de competência do Tribunal do Júri.

Mas a decisão colegiada de 2º grau não se limitou a esse fundamento. Baseou-se, igualmente, em exceções ao princípio que eram previstas no art. 132 do CPC/73, asseverando que o juiz prolator da decisão *estava de férias* no período de realização da audiência (e-STJ, fls. 1.367 e 1.368).

É verdade que o princípio da identidade física do juiz, antes adotado pela legislação processual civil no art. 132 do CPC de 1973, não foi reproduzido no CPC de 2015. Todavia, no ordenamento processual penal vigente a única interpretação cabível faz permanecer válido o texto do § 2º do art. 399 do CPP, ainda complementado pelo atualmente revogado art. 132 do CPC/73. Essa foi a intenção da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, vontade não afastada posteriormente pelo mesmo Poder Legislativo. Não fosse assim, uma audiência realizada por um juiz, promovido, aposentado ou mesmo falecido logo em seguida, ficaria eternamente sem sentença, o que claramente não é a intenção da norma.

Quando a Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 399, § 2º do CPP, o fez de forma simplória, compreendendo que uma interpretação sistemática da legislação o complementaria com o art. 132 do CPC/73. Assim, desde agosto de 2008, no processo penal passou a valer o seguinte: o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Nessa trilha:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia. Princípio da identidade física do juiz. Violação. Não ocorrência. Prejuízo. Ausência de comprovação. Súmula 83/STJ. Índícios de autoria. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade. Provas produzidas na fase investigativa. Possibilidade. Agravo regimental improvido.

1. O princípio da *identidade física do juiz não é absoluto*, podendo ser relativizado nas *hipóteses previstas no art. 132 do CPP*, devendo, ademais, a parte fazer prova do prejuízo porventura suportado, o que, conforme esclarece o aresto, não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula 83/STJ.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 940.967/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017; grifou-se).

Nas razões de agravo regimental a defesa não chega a discordar da nossa interpretação jurídica. Porém, sob o ponto de vista fático, sugere que o juiz

que presidiu a instrução estava em pleno exercício das suas funções quando da prolação da decisão de pronúncia, o que faz com base em suposta transcrição de uma certidão. Apesar disso, além de sequer indicar o número da página em que estaria a referida certidão, o seu conteúdo não poderia ser conferido por esta Corte, porque a atitude esbarra no enunciado da Súmula 7/STJ, que veda o reexame de provas em sede de recurso especial. Para considerar o fato que o recorrente aponta como estando nela descrito, ele deveria ter sido admitido e registrado expressamente pelo acórdão, o que a defesa sequer alega que aconteceu.

Ademais, o art. 563, do CPP, estabelece que nenhum ato será declarado nulo se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, sem qualquer distinção entre nulidade absoluta ou relativa. Aliás, o precedente cuja ementa foi acima transcrita já indicava a ausência de nulidade em situações que tais. No mesmo caminho:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Homicídio qualificado. Decisão de pronúncia. Identidade física do juiz. Possibilidade de relativização. Prejuízo não demonstrado. *Pas de nullité sans grief*. Excesso de prazo. Matéria não analisada pela Corte de origem. *Habeas corpus* não conhecido.

[...]

4. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

5. O acórdão recorrido está em conformidade com a orientação desta Corte Superior, no sentido de que, *não há falar em nulidade do processo, uma vez que, o princípio da identidade física do juiz não é absoluto*, podendo ser relativizado, e, na hipótese dos autos, *não restou demonstrado prejuízo ao impetrante, pronunciado por juiz distinto do que presidiu as audiências em razão de férias*.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 403.182/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 04/02/2020; grifou-se).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Homicídio tentado. Pronúncia. Alegada violação ao princípio da identidade física do juiz. Inocorrência. Promoção da magistrada que presidiu a instrução criminal. Regular atuação do substituto legal. Efetivo prejuízo não demonstrado. Legítima defesa.

Ausência de *animus necandi*. Exame reservado ao Tribunal do Júri. *Writ* não conhecido.

[...]

3. Não há que se falar em violação ao princípio da identidade física do Juiz, tampouco em nulidade processual, se, em razão de promoção do(a) Magistrado(a) que conduziu a fase instrutória, a sentença de pronúncia for prolatada pelo seu substituto legal. *Precedentes*.

4. Nos termos da assente jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, no âmbito do Processo Penal, exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pelas partes (princípio *pas de nullité sans griet*), o que não ocorreu na hipótese.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 506.658/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019; grifou-se).

Diante disso, não é possível aceitar uma especulação abstrata de que o juiz da instrução seguiria trilha diferente, o que não é possível saber sem nada concreto. Por isso, é meramente presumido o prejuízo decorrente da simples alegação de ter o acusado sido pronunciado.

Logo, não há como prover essa parte do agravo regimental, uma vez que a pretensão esboçada no recurso especial é contrária à jurisprudência dominante acerca do assunto.

5. *Da desnecessidade de perícia e da preclusão em relação ao tema:*

Outro capítulo do agravo regimental não conhecido, diante da ausência de impugnação específica a todos os fundamentos da decisão monocrática, diz respeito à indevida pretensão de realização de perícia em algumas provas produzidas na ação penal. De toda forma, não custa reiterar que a tese defensiva também não tem razão em seu mérito.

O recorrente alega que a pronúncia se baseou em prova ilícita, ofensiva aos arts. 157 e 158, ambos do CPP. Diz que a decisão de 1º grau fez referência indevida a interceptações telefônicas, a imagens captadas por câmeras da SDS e residenciais, bem como a carta supostamente escrita pela vítima, nenhum desses elementos tendo sido periciados, embora não estivessem dentre aqueles que independem de prova, estando fora do rol do art. 374, do CPC.

O acórdão do Tribunal de Justiça, em contraste, enfatizou que tais provas não foram obtidas por meios ilícitos, dizendo que elas foram legalmente

apreendidas no curso da investigação, sem que a defesa tivesse pleiteado a realização da perícia na resposta à acusação, durante a instrução ou em alegações finais. Ressaltou também a desnecessidade de perícia para identificação de vozes (e-STJ, fls. 1.370 e 1.371). E agiu acertadamente.

Primeiro porque realmente eventuais nulidades cometidas na instrução criminal dos processos da competência do júri devem ser arguidas no prazo de alegações finais, na forma do art. 571, I, do CPP. No caso, se os atos questionados foram praticados na investigação, mesmo que a defesa não tivesse o ônus de arguir os vícios na resposta à acusação, no mínimo teria que fazê-lo antes da decisão de pronúncia, ainda no *judicium accusationis*, não posteriormente, não sendo bastante suscitá-la em recurso em sentido estrito. Nesse sentido:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Homicídio qualificado. Nulidade. Supressão de instância. Súmula 713/STF. Ausência de interrogatório antes da pronúncia e deficiência de atuação da defesa técnica. Incidência da atenuante da confissão espontânea. *Writ* não conhecido.

[...]

4. O artigo 571, I, do CPP estabelece que nulidades ocorridas na fase do sumário de culpa devem ser arguidas até alegações finais, para serem decididas na ocasião da pronúncia, o que não houve in casu, pois a defesa suscitou a eiva por falta de interrogatório do réu apenas onze anos após sentença de pronúncia, o que impede exame do pleito pela preclusão.

5. A declaração de nulidade processual exige a demonstração do efetivo prejuízo suportado pelo réu, não bastando a tal desiderato mera alegação de deficiência de defesa técnica a teor do princípio *pas de nullité sans grief*.

6. *Writ* não conhecido.

(HC 616.483/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020; grifou-se).

Embargos de declaração no recurso em *habeas corpus* recebidos como agravo regimental. Art. 121, § 2º, IV e VII, c.c art. 14, II, por duas vezes, ambos do Código Penal, e art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013. Alegação de nulidade arguida após a decisão de pronúncia. Preclusão. Produção de prova. Indeferimento motivado. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Decisão mantida. Recurso improvido.

[...]

2. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que, nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal, as máculas ocorridas no decorrer da instrução criminal dos processos de competência do júri devem ser arguidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão. Precedentes.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no HC 589.547/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 16/09/2020; grifou-se).

Isso já seria o bastante para o não acolhimento da alegação de ofensa ao art. 157, do CPP. Vale repetir que esse argumento não foi refutado nas razões de agravo regimental, o que ratifica a sua correção e o descabimento da tese defensiva.

Mas não é só. O recorrente invocou aplicação também do art. 158, *caput*, do mesmo CPP, o qual exige a realização de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios. Todavia, nos casos de homicídio a perícia imprescindível é o exame necroscópico, para comprovar que realmente houve morte, como também para apontar as circunstâncias em que ela aconteceu. O texto legal suscitado não exige a realização de perícia em vídeos, em vozes ou em grafias para prova de homicídio, servindo tais elementos probatórios apenas como possível indicação de indícios suficientes da autoria. Em outras palavras, não há nenhuma determinação legal de realização das perícias requeridas, as quais se submetem à discricionariedade judicial, uma vez arguidas no momento oportuno.

A propósito, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal quanto à dispensa de realização de perícia de vozes captadas nas interceptações telefônicas:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Inadmissibilidade de *writ* substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal. Interposição simultânea de recurso especial. Ofensa ao princípio da unirrecorribilidade. Recurso especial julgado. Prejudicialidade do *habeas corpus*. Interceptação telefônica. Exaurimento de outros meios de obtenção de prova. Necessidade de reexame fático-probatório. Inviabilidade. Perícia de vozes captadas. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido.

[...]

5. É desnecessária a realização de perícia para a identificação de vozes captadas em interceptações telefônicas.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 490.838/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 29/04/2021; grifou-se).

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Associação para o tráfico. Ausência do réu preso na oitiva de testemunhas de acusação por meio de

carta precatória. Nulidade relativa. Falta de comprovação do prejuízo. Nulidade não constatada. Interceptação telefônica. Alegações de nulidade. Exame de espectrografia. Desnecessidade da prova. Falta de acesso aos conteúdos das interceptações telefônicas. Acesso às gravações. Sistema operacional. Ausência de obrigação de conversão dos arquivos em formato escolhido pela defesa. Inexistência de cerceamento de defesa. *Habeas corpus* denegado.

[...]

3. *Esta Corte Superior entende que é despicienda a perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas, por ausência de previsão legal na Lei 9.296/96 e quando puder ser aferida por outros meios de provas, sendo incabível o revolvimento do acervo probatório para fins de identificação do interlocutor ante a Súmula 7/STJ.*

[...]

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 541.328/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020; grifou-se).

Recurso especial. Penal. Extorsão mediante sequestro. Art. 159, § 1º, do Código Penal. Interceptações telefônicas. Perícia. Desnecessidade. Provas. Condenação. Suficiência. Aferição. Inviabilidade. Súmula n. 7 do STJ. Dosimetria. Pena-base. Processos criminais em curso. Utilização. Antecedentes. Descabimento. Súmula n. 444 do STJ. Culpabilidade e circunstâncias do crime. Fundamentação genérica. Intenção de obter dinheiro. Traumas psicológicos da vítima. Menção abstrata. Elementos inerentes ao tipo penal. Extensão dos efeitos aos corréus. Identidade objetiva de situações. Ilegalidades flagrantes. Reincidência. Utilização como circunstância judicial e agravante. Ofensa. Súmula n. 241 do STJ. Compensação. Atenuante. Confissão. Ausência. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, com extensão dos efeitos aos corréus. *Habeas corpus* concedido, de ofício.

1. *Segundo entendimento pacificado neste Superior Tribunal, é dispensável a realização de perícia para identificação das vozes captadas por meio de interceptações telefônicas, em razão da falta de previsão na Lei n. 9.296/1996, bem como da possibilidade de comprovação da autenticidade da voz por outros meios de provas.*

[...]

(REsp 1.760.355/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 14/06/2019; grifou-se).

O mesmo raciocínio, por idênticas razões, vale para constatar a ausência de obrigatoriedade de realização de perícia em vídeos e grafias, cuja determinação fica a critério da discricionariedade judicial, observando-se ainda a possibilidade

legal de indeferimento do que considerar irrelevante, impertinente ou protelatório, consoante o disposto no art. 400, § 1º, parte final, do CPP.

Quanto à arguição de ofensa ao art. 5º, LVII, da CR, vale aqui o mesmo que já foi ressaltado quanto à impossibilidade de exame de arguição de tema constitucional. E a alegação de deve ser completamente anulada a prova, em função da preclusão, fica prejudicada em razão da sua licitude ora ratificada.

Portanto, ainda que fosse possível conhecer o agravo regimental nesse ponto, não poderia ser provido o respectivo capítulo do recurso especial.

6. Da licitude das interceptações telefônicas:

Outra tese que não merece conhecimento no âmbito do agravo regimental diz respeito à afirmação de ilicitude das interceptações telefônicas, mais uma vez porque a defesa não se desincumbiu do seu ônus de impugnar todos os fundamentos da decisão agravada para rejeitá-la.

Além disso, o acusado não tinha mesmo razão no seu recurso especial.

A arguição é de que houve afronta ao art. 2º, da Lei 9.296/96, porque o juiz teria autorizado interceptação telefônica em terminais pertencentes a pessoas que não eram investigadas, mas apenas próximas delas, não se tratando de encontro fortuito de provas.

Sobre o assunto, a Corte de Justiça respondeu que o acusado não teria legitimidade para impugnar eventuais prejuízos que teriam sido cometidos a terceiros. E, em importante acréscimo, expôs que as interceptações questionadas aconteceram em consequência das primeiras quebras de sigilo telefônico, em razão da conexão entre os novos terminais e os anteriores. Registrou, outrossim, que as interceptações subsequentes ocorreram em razão da ligação dos novos números com os anteriores, partindo da existência de indícios da autoria relativos a pelo menos um dos interlocutores (e-STJ, fl. 1.371).

Dito de outra maneira, o acórdão em nenhum momento mencionou ter a pronúncia se baseado em conversas telefônicas interceptadas sem autorização judicial. Isso, aliás, é mesmo questão de prova, a despeito da insistência da defesa em narrar o contrário, o que impede uma revisão dessa constatação fática nesta via, diante do óbice da Súmula 7/STJ: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Quanto a terceiros que teriam sido igualmente “interceptados”, o registro fático do acórdão, como se infere, é de que eles foram abrangidos pelas decisões

judiciais ou que, no máximo, foram escutados como consequência da autorização da quebra do sigilo telefônico do acusado, o que é natural, porque nesse caso se trataram de pessoas que no momento da anuência judicial eram eventuais e incertas, considerando que o suposto agente não conversaria ao telefone consigo mesmo.

Realmente, não se trata mesmo de encontro fortuito de prova, aceito no sistema jurídico brasileiro (HC 497.425/RJ, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Sexta Turma*, julgado em 16/03/2021, DJe 26/03/2021, AgRg no REsp 1.752.564/SP, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020, etc.). Mas a situação é ainda mais desvantajosa para o agravante, porque já era suspeito da prática do crime, sendo interceptadas as suas conversas telefônicas, bem como a de outras pessoas que com ele tinham ligação, justamente para a investigação do delito cometido.

Ademais, o recorrente não aponta onde estaria o prejuízo concreto, argumento que sequer foi devolvido do agravo regimental, o que também afasta a sua tese:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime de roubo majorado. Art. 157, § 2º, II, do Código Penal CP. Nulidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Interceptação telefônica. Ausência de manifestação da defesa. Preclusão. Roubo. Momento da consumação. Adoção da teoria da *amotio*. Inversão da posse. Súmula n. 582 desta Corte. Regime fechado. *Modus operandi*. Violência empregada no delito e invasão de residência. Gravidade da conduta. Ausência de constrangimento ilegal. Agravo regimental desprovido.

1. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que o *reconhecimento da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo* por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*. No caso em análise, a defesa não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da interceptação telefônica juntada aos autos, tendo o Juízo singular convertido o julgamento em diligência para manifestação da defesa, a qual teve acesso à mídia com as gravações e nada alegou em seguida, conforme o acórdão impugnado, restando preclusa a questão.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 601.323/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 31/05/2021; grifou-se).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Roubo majorado. Interceptação telefônica. Nulidade. Não ocorrência. Prejuízo não demonstrado.

Súmula 83/STJ. Fração de aumento na terceira fase da dosimetria. Quantidade expressiva de agentes, emprego de diversas armas de fogo e restrição da liberdade das vítimas por longo período. Fundamento concreto. Possibilidade. Regime fechado mantido. Agravo improvido.

1. A lei processual penal em vigor adota o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual *somente se declara a nulidade caso, alegada oportunamente, haja demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo à parte, o que não ocorreu no presente caso. Incidência da Súmula 83 desta Corte.*

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1.608.617/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020; grifou-se).

Mais ainda: a pronúncia não se baseou exclusivamente nas interceptações telefônicas, mas em um conjunto probatório bem mais amplo, referindo-se o acórdão, dentre outros elementos, a vídeos oriundos de câmeras de segurança, bem como a prova testemunhal (e-STJ, fls. 1377, 1379 e 1380), sem menção a nexos causais entre elas e as conversas monitoradas, o que atrairia, ainda que houvesse nulidade das interceptações, a aplicação da parte final do § 1º do art. 157, do CPP. Na mesma linha:

Penal e Processo Penal. [...] 3. Ofensa ao art. 157 do CPP. Afronta ao art. 9º da Lei 9.296/1996. Provas ilícitas por derivação. Não verificação. [...] 9. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

3. As instâncias ordinárias concluíram pela ausência de contaminação dos elementos de prova que deram origem à denominada “Operação Iceberg”, a qual se embasou em fonte independente e anterior às interceptações consideradas ilícitas, derivadas da “Operação Influenza”. Nesse contexto, não se verifica violação do art. 157, §§ 1º e 3º, do CPP nem do art. 9º da Lei n. 9.296/1996.

[...]

9. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.683.930/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 09/12/2019; grifou-se).

Agravo regimental. Recurso especial. Penal e Processo Penal. Violação do art. 619 do CPP. Não ocorrência. Interceptação telefônica em outro feito. Fonte independente. *Notitia criminis*. Desenvolvimento de investigação posterior. Nulidade. Não ocorrência. Causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas. Pretensão afastamento. Interestadualidade comprovada pelas provas dos autos. Ausência de violação do art. 155 do CPP. Súmula 7/STJ.

[...]

2. As escutas realizadas primitivamente, autorizadas em outro feito, representam mera *notitia criminis*, apta a desencadear as investigações do caso concreto, erigindo-se, no dizer da doutrina, como uma fonte independente de prova que não tem força para contaminar, por derivação, o que foi intensamente desenvolvido depois.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.688.219/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018; grifou-se).

Por conseguinte, tampouco é possível acolher essa tese defensiva, mantendo-se a validade da decisão de pronúncia.

6. *Da ausência de excesso de linguagem:*

O acusado suscitou ainda, em seu recurso especial, ofensa ao art. 413, § 1º, do CPP, asseverando que a pronúncia extrapolou os seus limites argumentativos, rompendo as regras de comedimento motivacional ao refutar peremptoriamente as teses defensivas, principalmente no que toca à motivação do delito.

Quanto ao possível excesso de motivação da pronúncia, que ofenderia o disposto no art. 413, § 1º, do CPP, o acórdão se manifestou nos seguintes termos:

Ademais, é certo que o recorrente alega genericamente que há excesso de linguagem. Para que pudesse ser analisada mais adequadamente a questão, seria necessária a referência, pela defesa, dos trechos em que se deu tal excesso.

No único trecho referido pela defesa, não se vislumbra qualquer excesso de linguagem. Senão vejamos:

Além disso, em que pese a alegação do acusado *Alexandre* de que estava sem aparelho celular desde o atentado que sofreu em 26.12.2013, convém considerar o que foi colhido nos autos da medida cautelar em apenso, verificando-se dos extratos reversos dos terminais telefônicos atribuídos aos acusados, como também do relatório das Erb's que no dia anterior ao crime estiveram *possivelmente* juntos, nas imediações da casa da vítima e que *possivelmente* estiveram nas imediações da casa da vítima e ainda nas imediações do local do fato, no dia do crime, pouco antes de sua ocorrência, quando *teriam* se comunicado várias vezes (e-STJ, fl. 1.375; grifou-se).

Realmente a maior parte da argumentação do recorrente é genérica, tendo ele se limitado a indicar um único ponto concreto, acima transcrito, no

qual haveria o indigitado excesso de linguagem. Sua leitura, contudo, leva a outra conclusão. Está claro que não houve tentativa de realização de nenhum prejulgamento, tampouco de influenciar os jurados, sendo sutil a importante e necessária resposta dada à tese do acusado, inclusive mediante duplo uso da cuidadosa expressão “possivelmente”, ao lado do tempo escolhido para o verbo *ter*, na parte negritada, indicativa da ausência de certeza.

Assim, não há que se falar em excesso de linguagem do acórdão recorrido, não sendo o caso de aplicação, por esse motivo, do precedente invocado pela defesa. A situação verificada está efetivamente em conformidade com o entendimento desta Corte:

Processo Penal. Não conhecimento de recurso especial. Agravo regimental. Reexame de provas. Ausência de impugnação a todos os fundamentos do acórdão. Tema constitucional. Falta de prequestionamento. Impossibilidade. Pronúncia. Prova da materialidade e indícios da autoria. Delação de corréu. Notas técnicas da polícia. Depoimentos de policiais. Testemunhas. Suficiência. Excesso de linguagem. Inexistência. Recurso improvido.

[...]

7. *Não se cogita a presença de excesso de linguagem da pronúncia, ofensivo ao art. 413, § 1º, do CPP, quando as instâncias ordinárias não adentram em juízo de certeza, apenas fundamentando-se na existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria.*

[...]

9. Agravo regimental conhecido e improvido.

(AgRg no AREsp 1.711.751/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021; grifou-se).

Agravo regimental no *habeas corpus*. Novos argumentos hábeis a desconstituir a decisão impugnada. Inexistência. Homicídio qualificado. Pronúncia. Excesso de linguagem. Não configurado. *Habeas corpus* não conhecido. Decisão agravada mantida. Agravo regimental desprovido.

[...]

V - *In casu*, a d. Magistrada singular proferiu a decisão com acurado cuidado, buscando equilíbrio *para não apresentar juízo de certeza* e ao mesmo tempo demonstrar a existência da materialidade e os indícios da autoria criminosa, *sem se descurar da necessidade de fundamentação adequada*, conforme preceitua o art. 93, IX, da Constituição Federal, limitando-se a narrar o que as testemunhas e o acusado afirmaram quanto aos fatos.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 647.384/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/05/2021, DJe 26/05/2021; grifou-se).

Recurso especial. Tribunal do Júri. Pronúncia. Desistência voluntária. Afastamento da tese. Excesso de linguagem. Inexistência. Recurso especial não provido.

1. A fundamentação da pronúncia deve ser comedida, devendo se limitar a apontar a existência de um mero juízo de probabilidade e não de certeza, sob pena de invadir a competência constitucional do Tribunal do Júri.

2. *Não incorre em excesso de linguagem a pronúncia que, com espeque nas provas até então colhidas, a par de sintetizar bem os fatos, para destacar os indícios de autoria, a prova da materialidade delitiva e as circunstâncias em que supostamente se deu o crime - homicídio qualificado, na forma tentada, pelo meio cruel e pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima -, refuta tese defensiva de desistência voluntária.*

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1.542.332/TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; grifou-se).

Assim, deve ser mantida a decisão monocrática na parte em que não reconheceu nenhum excesso de linguagem.

7. Do motivo torpe:

Como mencionado acima, a decisão monocrática agravada deu parcial provimento ao recurso especial, na parte em que ele foi conhecido, para excluir a qualificadora do inciso IV do § 2º do art. 121 do CP. Mas manteve a decisão de submissão do acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri pela suposta prática de homicídio qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I, parte final, do CP).

No recurso interno em exame, a defesa insiste, em primeiro lugar, na alegação de que o motivo torpe não foi fundamentado de forma convincente, mas outra vez não tem razão.

A tese foi refutada no acórdão mediante a seguinte argumentação:

No que concerne às qualificadoras previstas nos *incisos I e IV* do art. 121 do CP, o juízo de piso se manifestou nos termos a seguir, não havendo que se falar em ausência de fundamentação:

Por outro lado, não obstante os argumentos da defesa, não há como afastar prontamente as qualificadoras, sendo cabível que o Tribunal do Júri diga sobre a alegação de que *o crime estaria relacionado com a dívida contraída pela vítima* como também teria decorrido da *tentativa de homicídio sofrida pelo acusado atribuída à vítima* e que pode configurar motivo torpe. Diga-se o mesmo quanto a alegação de surpresa considerando a forma como a vítima foi abordada.

Finalmente, conforme analisado quando da apreciação das preliminares de nulidade da pronúncia, a decisão encontra-se devidamente fundamentada, inclusive quanto às qualificadoras, de modo que não há reparos a serem empreendidos (e-STJ, fl. 1.382; grifou-se).

O trecho acima transcrito realmente pode parecer excessivamente sucinto. Porém, ele deve ser analisado em conjunto com o restante da fundamentação do acórdão, que ratifica os dois motivos acima destacados. Realmente, em outras passagens a decisão colegiada de 2º grau faz menção ao homicídio praticado por causa de uma dívida que a vítima teria contraído com o pagamento de juros ao recorrente por agiotagem, como também por vingança, em razão de uma tentativa de homicídio que teria sido praticada pela vítima (e-STJ, fls. 1.378, 1.380, 1.385 e 1.413).

A defesa, então, questiona a vingança como caracterizadora do motivo torpe, mas isso não é suficiente, porque, de qualquer forma, ainda sobra a outra razão: homicídio causado em razão de uma dívida contraída pela vítima, com pagamento de juros por agiotagem, não honrada ao imputado. Também por isso ele teria cometido o crime, situação que deve ser submetida ao Conselho de Sentença. Explicado de outra maneira, a solução final da incidência ou não dessa qualificadora vai depender de como os jurados irão entender todos o contexto fático a eles demonstrado.

No que toca especificamente à vingança, o réu agora se baseia em precedentes segundo os quais ela não configuraria motivo torpe “por si só”, exigindo-se a análise das “peculiaridades de cada caso concreto”. Mas é exatamente isso o que acontece na hipótese em exame, considerando a *dupla motivação* registrada pelo acórdão (não só vingança, mas também ausência de pagamento de dívida por agiotagem do agravante), o que conduz à necessidade de os jurados avaliarem as particularidades da situação concreta. Nessa linha de pensamento, a jurisprudência em inúmeras ocasiões específicas tem aceitado a vingança como apta a qualificar o homicídio pelo motivo torpe:

Agravo regimental no agravo regimental no *habeas corpus*. Quatro homicídios qualificados consumados e um tentado, em concurso material. Continuidade delitiva. Unidade de desígnios não identificada. Necessidade de reexame de provas. Qualificadora do motivo torpe. Afastamento. Inevitável revolvimento probatório. Dosimetria. Fundamentação idônea. Agravo regimental não provido.

[...]

5. A se constatar que a *qualificadora do motivo torpe, consistente na vingança, foi reconhecida pelos jurados* e não é manifestamente improcedente, o seu afastamento dependeria da profunda análise do conteúdo fático dos autos, providência não condizente com a via eleita.

[...]

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no HC n. 538.877/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022; grifou-se).

Penal. Processo Penal. Homicídios. Torturas. “Chacina do Curió”. Pronúncia. 1) Violação aos artigos 41 e 395, I, 74, 406, 564, I, 567, todos do Código de Processo Penal - CPP. Descabida reiteiração de pedido já analisado em sede de recurso ordinário em *habeas corpus*. 2) Violação ao art. 413 do CPP. Pleito de impronúncia que esbarra no óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Qualificadoras não manifestamente improcedentes. 3) Agravo regimental desprovido.

[...]

2.2. No tocante às *qualificadoras do motivo torpe* e do recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa das vítimas, tanto a sentença de pronúncia quanto o acórdão justificaram as razões pelas quais mantidas, *haja vista indicativos de vingança da morte do soldado* e de surpresa, razão pela qual inexistente violação legal. Compreensão diversa que esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.947.806/CE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022; grifou-se).

Ademais, as qualificadoras só podem ser excluídas da pronúncia nos casos em que elas sejam evidentemente descabidas, o que não corresponde à situação em exame:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Pronúncia. Exclusão de qualificadora não manifestamente improcedente. Não cabimento. Vingança. Qualificadora do motivo torpe. Precedentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos por estar em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

2. *Na pronúncia, que não encerra juízo de procedência acerca da pretensão punitiva, somente se admite a exclusão de qualificadoras quando manifestamente improcedentes ou descabidas, sob pena de afrontar a soberania do Júri, o que não se verifica no caso concreto, mormente quando relatado na própria denúncia que o crime foi cometido por vingança, sendo considerada qualificadora do motivo torpe pela jurisprudência firme desta Corte.*

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 523.029/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019; grifou-se).

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Homicídio qualificado violação dos arts. 121, § 2º, I e IV, do CP; e 413, *caput* e § 1º, do CPP. Decisão de pronúncia. Recurso em sentido estrito. Exclusão de qualificadoras. Motivo torpe, em decorrência de vingança, e recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Impossibilidade. Competência do Conselho de Sentença. Súmula 7/STJ. Não incidência. Desnecessidade do revolvimento da matéria fático-probatória. Ausência de manifesta improcedência.

1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas, sim, a verificação da ofensa aos arts. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal; e 413, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, matéria eminentemente jurídica, pois, no que diz respeito ao tema proposto, *havendo indícios da presença das qualificadoras, não poderia o Tribunal de origem fazer juízo de mérito, usurpando a competência exclusiva do Conselho de Sentença.*

Não se configura, portanto, a hipótese de aplicação da Súmula 7/STJ.

2. Na hipótese em que *elementos fáticos estabelecidos na origem firmam dúvidas acerca da existência das qualificadoras, esta Corte considera adequado o restabelecimento da pronúncia, a fim de que o tema seja submetido ao Tribunal do Júri.*

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.809.376/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 02/10/2019; grifou-se).

Recurso especial. Homicídio duplamente qualificado tentado. Pronúncia. Qualificadora. Motivo torpe. Afastamento. Impossibilidade. Usurpação da competência do Conselho de Sentença.

1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo a existência do crime e indícios de sua autoria, não se

demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, conforme o mandamento contido no art. 413 do Código Processual Penal.

2. Em respeito ao princípio do juiz natural, *somente é cabível a exclusão das qualificadoras na decisão de pronúncia quando manifestamente descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença.*

3. No caso, o Tribunal de origem afastou a qualificadora do motivo torpe por entender que não bastava à exordial descrever briga anterior, mas deveria relatar as circunstâncias do suposto embate.

4. Denúncia que narra suficientemente a torpeza do homicídio, consubstanciada na briga anterior envolvendo os denunciados e as vítimas, não se relevando despropositada a submissão da imputação ao Tribunal do Júri.

5. Não há necessidade da denúncia relatar em pormenores as razões, circunstâncias, meio de execução ou resultado da desavença anterior indicada à configuração do motivo torpe.

6. Apresentado fato concreto, a verificação de ser ele razão abjeta ou não à prática do homicídio é matéria afeta ao Conselho de Sentença.

7. Recurso provido.

(REsp 1.742.172/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019; grifou-se).

Destarte, deve ser mantida na pronúncia a qualificadora do motivo torpe, mantendo-se também nesse ponto a decisão monocrática agravada.

É importante destacar, para concluir, que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão” (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra *Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região)*, *Primeira Seção*, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016). Esta decisão enfrentou todas as teses do agravante e, na linha do art. 315, § 2º, IV, do CPP, também apreciou todos os seus argumentos capazes de infirmar a solução adotada, não havendo necessidade de resposta a cada afirmação específica.

Ante o exposto, conheço parcialmente do agravo regimental para, na parte conhecida, *negar-lhe provimento.*

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 686.947-SC
(2021/0258288-0)**

Relator: Ministro Messod Azulay Neto

Agravante: J V P de A (Preso)

Advogados: Anderson Rodrigues de Almeida - SC050421

Mathaus Ariel Oliveira Silva Agacci e outro - SC051132

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Nulidade do depoimento especial da vítima. Não ocorrência. Inexistência de demonstração do prejuízo. Não enfrentamento dos fundamentos da decisão agravada. *Enunciado Sumular n. 182/STJ*. Agravo *desprovido*.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No presente caso, da análise do acórdão recorrido, verifica-se que não há que se falar em nulidade no procedimento de tomada do depoimento pessoal da vítima, realizado na fase do inquérito policial, cujo contraditório pode ser diferido para eventual instrução criminal, acaso venha ser oferecida denúncia contra o agravante, uma vez que ressoa dos autos pedido ministerial de melhores esclarecimentos quanto às datas dos supostos abusos cometidos com escopo de aferir a imputabilidade penal do agravante. Assim, tem-se que a alegação de nulidade não foi negada, mas somente postergada para eventual instrução criminal, acaso sejam concluídas pela imputabilidade do paciente após a conclusão das diligências requeridas pelo *Parquet*.

III - Ademais, verifica-se que restou justificada a impossibilidade de transmissão em tempo real para a sala de audiência do procedimento ora impugnado, dado o reduzido número de servidores responsáveis, o que reforça ainda mais a impossibilidade de reconhecimento de

vício, notadamente porque a defesa foi previamente intimada para formulação de quesitos, devidamente apresentados à vítima, sendo certo que o magistrado de piso, após a conclusão das investigações, irá analisar eventual nulidade do procedimento e nova realização do mesmo, o que evidencia a ausência de prejuízo concreto à defesa que, ressalte-se novamente, poderá se insurgir por ocasião de eventual instrução criminal.

IV - Nesse cenário, em que não se vislumbra prejuízo ou cerceamento à defesa, que constitui condição *sine qua non* ao reconhecimento de nulidade, *ex vi* do art. 563 do CPP, comporta deferência a afirmação constante do acórdão recorrido no sentido de que “*não restou demonstrado de plano, ao menos por enquanto e com base nas argumentações da defesa, o prejuízo sofrido, o que inviabiliza a concessão da ordem na forma pleiteada*” (fls. 270-271). Precedentes.

V - *In casu*, a Defesa limitou-se a *repisar* os argumentos do *habeas corpus*, o que atrai o Enunciado Sumular n. 182 desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental *desprovido*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Messod Azulay Neto, Relator

DJe 16.12.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto: Trata-se de agravo regimental interposto por *J. V. P. DE A.* contra decisão de fls. 308-313, que *não conheceu do*

habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício em parte, apenas para afastar o indiciamento do ora agravante.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, sem efeitos infringentes (fls. 351-353).

Nas razões deste recurso, a defesa busca a reconsideração da decisão agravada, a fim de que seja reconhecida a nulidade do procedimento no qual foi realizado o depoimento especial da vítima, por cerceamento de defesa, uma vez que foi realizado sem a prévia intimação do acusado bem como da sua defesa técnica repisando, em linhas gerais, os fundamentos da inicial, onde sustentam a ilegalidade do procedimento impugnado, eis que não acompanharam aludido depoimento em tempo real nem por meio eletrônico, em desacordo com as disposições da Lei n. 13.431/2017.

Afirma que foi negado ao agravante o direito de formular perguntas complementares após a livre narrativa da vítima.

Sustenta a necessidade de reconhecimento da nulidade absoluta do depoimento, entre outras considerações com escopo de obter o reconhecimento da suposta nulidade do referido procedimento.

Por fim, pugna pela reconsideração da decisão agravada ou submissão do recurso ao colegiado.

Instados a se manifestarem, tanto o Parquet *federal* como o *estadual* pugnaram pelo desprovimento do inconformismo (fls. 375-379 e 381-386).

Por manter o *decisum*, trago o feito à julgamento da Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso. No mérito, contudo, a irrisignação não prospera, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos, senão vejamos.

Como já relatado, a defesa busca o reconhecimento de nulidade do procedimento de depoimento especial da vítima realizado em sede de investigação policial pelo suposto cometimento do delito previsto no art. 217-A do CP.

Em que pese o ato apontado como coator (acórdão do HC n. 5036218-64.2021.8.24.0000 não ter analisado a matéria por ser mera reiteração de pedido anterior, verifica-se que a Corte de origem encaminhou nas informações prestadas o inteiro teor do HC n. 5004648-60.2021.824.0000 que, por economia e celeridade processuais, passo a transcrever, com escopo de aferir eventual ilegalidade passível da concessão da ordem de ofício, *verbis* (fls. 266-271 - grifei):

“De início, importa consignar que o habeas corpus constitui-se em remédio constitucional destinado exclusivamente à aferição da legalidade ou não do ato tido por coator, permanecendo fora do raio de seu objeto qualquer discussão a respeito do mérito da causa.

Outrossim, sabe-se que deverá ser concedida a correlata ordem sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII).

Consoante relatado, o objetivo do writ é a declaração da nulidade do depoimento especial da vítima L. P. N., com seu desentranhamento dos autos originários e determinação para renovação do ato, ao argumento de que, ao ser realizado sem a prévia intimação das partes para o acompanhar em tempo real, em particular dos advogados do investigado, violou os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, dentre outros.

Explicaram os impetrantes que pretendiam apresentar questionamentos e solicitar esclarecimentos complementares à profissional designada para a colheita das declarações e, assim, demonstrar que o paciente era menor de idade na data das condutas, pois completou dezoito anos de idade em 4-9-2019 e após isso não teve mais contato algum com a ofendida.

Em que pese a argumentação tecida, razão não lhes assiste. Infere-se dos autos principais que em 30-10-2019 o professor Júlio Cesar Costa propôs uma dinâmica em sala de aula para que os alunos fizessem bilhetes externando alguma dificuldade no convívio com os colegas, oportunidade em que L. P. N. escreveu “Pode não parecer, mas, tenho muita ansiedade social. Por quê? Você me pergunta... Eu sou abusada do jeito ruim (sexual) pelo meu primo, não contei isso para ninguém, (nem para os meus pais) mas acho que posso confiar em você. Isso acontece desde quando eu tinha 6 anos. Não consigo ficar em lugares públicos. Isso é um pedido de ajuda” (sic, fls. 8 do evento 1.1 do feito n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

Diante disso o docente procurou a orientadora educacional Adriana Maurina Chaplin Savedra de Araújo relatando a ocorrência e no dia seguinte conversou com

a vítima, que “[...] começou a chorar, falou que não aguentava mais, que estava com vergonha, principalmente dos pais, e mencionou que quem cometia os abusos era o primo J.” (sic, fls. 11 do mesmo evento 1.1).

Adriana Maurina Chaplin Savedra de Araújo, Ana Cristina Gerent Petry Nunes e Daniel Holthausen Nunes, estes últimos pais de L. P. N., também ouviram a menor, que confirmou as investidas do primo J. V. P. de A. (fls. 9 e 12-15 do evento 1.1 dos autos n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

Daniel Holthausen Nunes complementou que depois de 3-11-2019 voltou a conversar sobre os fatos com a filha e “[...] perguntou à L. quando tinha sido a última vez que J. havia lhe tocado, então ela disse que tinha sido quando o declarante e a mãe haviam viajado, ela estava na casa dos avós maternos, e duas primas de São Paulo também estavam na casa dos avós. **Que**, L. explicou que, logo em seguida que as primas, que são filhas de Daniela, foram embora, J. se aproximou e colocou a mão na vulva dela, por baixo da roupa. **Que**, L. falou para o declarante que J. dizia para ela não contar nada a ninguém, pois seria o segredo deles” (sic, fls. 15).

Com estas informações a autoridade policial representou pela realização do depoimento especial da vítima a título de produção antecipada de prova judicial, nos termos da Lei 13.431/2017, o que foi deferido pela Togada a quo sob os bem lançados fundamentos:

A respeito da produção antecipada de prova, dispõe o Código de Processo Penal:

[...]

*No caso, estão presentes o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**, requisitos indispensáveis à medida, tendo em vista que a Lei 13.431/17, a qual estabelece o sistema de garantias de direitos das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, em seu art. 11, § 1º, prevê claramente que o depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova, ouvindo-se a criança ou o adolescente uma única vez, obedecendo-se portanto ao art. 156, inciso I, CPP e diante da aplicação subsidiária das regras previstas no CPC ao processo penal, nos termos do art. 3º do CPP.*

Não resta dúvida quanto à urgência, sobretudo se considerada a idade da vítima, no ensejo de evitarem-se oitivas sucessivas da vítima e sua consequente revitimização, garantindo-se a sua proteção integral, nos termos da Lei n. 8.069/90.

Assim, a produção de prova nesse momento é indispensável para o avanço das investigações, mormente averiguar a extensão dos danos psicológicos causados

à vítima, para que ela possa iniciar o devido tratamento, com fim de minimizar os danos causados à sua saúde e para que não haja perecimento da prova.

Ante o exposto, DEFIRO a colheita do depoimento especial da vítima L. P. N., na formado art. 4º, § 1º, da Lei n. 13.431/2017 e arts. 7º a 12 da mesma Lei. Faculto as partes a apresentação de quesitos.

Neste tocante, com vistas a efetivar o contraditório e ampla defesa, intime-se a Defesa Constituída do investigado para formular quesitos, no prazo de 05 (cinco) dias.

Em seguida, apresentados os quesitos pelas partes, oficie-se à CEIJI para a adoção dos procedimentos necessários à realização do depoimento especial, uma vez que no sistema EPROC ainda não há informações quanto às medidas que devem ser tomadas para o encaminhamento dos autos.

Tão logo designada data para a tomada do depoimento, na forma acima apontada, certifique-se a data do ato, nos autos e, na sequência, certifiquem-se às partes. Comunique-se à Autoridade Policial acerca da designação da oitiva judicial da vítima (sic, evento 9 do procedimento n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

As partes apresentaram quesitos (eventos 7 e 18 dos autos n. 5000454-79.2020.8.24.0023) e, depois, a Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude – CEIJ informou que, diante do reduzido número de pessoal qualificado para atender a demanda para a colheita de depoimento especial, este, “[...] por hora, não permite a adaptação para o meio virtual” (sic, fls. 1 do evento 23 dos autos n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

Posteriormente foi realizada a entrevista em questão (eventos 24-27 do processo n. 5000454-79.2020.8.24.0023). O investigado, entretanto, impugnou o ato aventando que não foi intimado previamente – sequer a defesa técnica – para o acompanhar em tempo real, requerendo, assim, a decretação da sua nulidade e renovação.

O Magistrado singular ponderou: “Percebo que a investigação ainda está em curso e não é possível afirmar, no momento, que a forma como o depoimento foi colhido causou algum prejuízo à defesa. Logo, não é adequado, no momento, qualquer pronunciamento sobre a necessidade de novo depoimento da vítima. Portanto, analisarei o pedido da defesa após a conclusão das investigações” (sic, evento 42 do feito n.5000454-79.2020.8.24.0023).

Subsequentes embargos de declaração foram rejeitados nos seguintes termos: “Ao compulsar os autos, observo que não há falar em omissão quanto ao pedido de

declaração de nulidade, vez que, na oportunidade, apenas fora postergada a análise do pleito, para depois da conclusão do Inquérito. Assim, mantenho a decisão retro, por seus próprios fundamentos” (sic, evento 63 do mesmo processo).

Escorreita a cautela adotada pelo Juízo de primeiro grau. Isso porque, de fato, depende-se da investigação criminal para esclarecer atese defensiva de que os supostos abusos ocorreram quando J. V. P. de A. era menor de idade e, conseqüentemente, a influência que tal circunstância possa acarretar no depoimento especial colhido sem o acompanhamento em tempo real pelas partes.

Consoante certidão a fls. 2 do evento 1.4, J. V. P. de A. nasceu em 4-9-2001 e, assim, completou dezoito anos em 4-9-2019. As condutas foram reveladas pela vítima na dinâmica realizada em sala de aula um mês e vinte e sete dias depois, ou seja, em 30-10-2019.

A ofendida, ainda, disse para seu genitor que a última ação teria sido perpetrada quando seus pais “[...] haviam viajado, ela estava na casa dos avós maternos, e duas primas de São Paulo também estavam na casa dos avós [...]” (sic, fls. 15 do evento 1.1 dos autos n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

Depois de assegurar “[...] à criança [...] a livre narrativa sobre a situação de violência [...]” (art. 12, II, da Lei 13.431/2017), a entrevistadora questionou sobre quando teria sido a última vez e a menor disse não se recordar, complementando que o primo estava no terceiro ano e acreditava que tinha acabado de sair do colégio. Confirmou que isso foi no ano anterior, em 2019, período em que também teriam acontecido os atos e prosseguiu mencionando livremente que “ano passado ele tinha dezoito e tipo os meus pais, eles foram viajar e daí, tipo, normalmente eu ficava com minha vó, tipo parte do meu pai... e às vezes ele ia para lá, sabe, e fazia aquilo” - a partir dos catorze minutos da gravação do evento 27 do processo n. 5000454- 79.2020.8.24.0023.

Todavia, não se tem nos autos a data de tal viagem para poder ter uma delimitação de tempo acerca de quando os abusos teriam cessado. Dessa maneira, realmente, se fazem necessárias maiores diligências para identificar a imputabilidade penal do investigado e o reflexo do depoimento especial sem a prévia intimação da defesa no deslinde da causa.

Demais disso, é certo que a Lei 13.431/2017 dispõe que “no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência [...]” (art. 12, III). Mesma previsão está no art. 9º da Resolução 299/2019 do Conselho Nacional de Justiça. O Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina passou a adotar o depoimento especial da reportada legislação federal e, assim, o disciplina através da Resolução Conjunta GP/CGJ 21/2020 que:

Art. 6º Na realização do depoimento especial, deverão ser garantidos:

[...]

III – oitiva da vítima ou testemunha por meio de produção antecipada de prova em data mais próxima possível a de sua notificação;

IV – equipamentos eletrônicos para transmissão em tempo real à sala de audiências e apoio técnico qualificado para a oitiva;

[...]

XIV – ampla defesa do interessado;

[...]

Art. 10. Para a realização do depoimento especial:

[...]

VI – sua transmissão à sala de audiência será realizada em tempo real.

Art. 12. Concluída a etapa de acolhimento inicial, prevista no art. 11 desta resolução, será iniciada a gravação audiovisual do depoimento especial.

[...]

§ 2º A participação do juiz, do promotor de justiça e do defensor na entrevista deverá ser restrita à etapa de perguntas complementares nos seguintes termos:

[...]

II – as perguntas complementares recebidas da sala de audiência, após a etapa de clarificação, serão repassadas à vítima ou testemunha pelo entrevistador após a análise deste e o deferimento do juiz, e poderão ser adaptadas à linguagem de melhor compreensão da vítima ou testemunha.

Apesar disso, este Sodalício já vem, há tempo, decidindo que a ausência de intimação da defesa acerca da data em que será realizado o depoimento especial, e, então, de sua participação no ato, por si só, não configura ofensa aos princípios do contraditório ou da ampla defesa, porquanto nessa forma de produção de provas incide o contraditório postergado ou diferido. Outrossim, a prévia apresentação de quesitos e a possibilidade de analisar o ato posteriormente garantem a atuação defensiva, além do que a falta de estrutura justifica a dispensa da transmissão em tempo real. Nesse sentido: Apelação Criminal n. 0016498-69.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, j. 4-6-2020.

E mais, sendo o acima e o último precedente que segue também lembrados pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (evento 13):

[...]

Essa é, portanto, a hipótese vertente, porquanto, conforme mencionado, a Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude - CEIJ informou que, diante do reduzido número de pessoal qualificado para atender a demanda para a colheita de depoimento especial, este, “[...] por hora, não permite a adaptação para o meio virtual” (sic, fls. 1 do evento 23 dos autos n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

A defesa, ainda, apresentou quesitos prévios e pode requerer pontualmente a complementação do depoimento. Não fosse o suficiente, sabe-se que não basta a alegação de prejuízo para a declaração de nulidade de algum ato judicial, sendo imprescindível a efetiva verificação do dano sofrido, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, o que, entretanto, não foi comprovado na situação sob análise.

Os impetrantes, repita-se, sustentaram que pretendiam formular questionamentos e solicitar esclarecimentos complementares à profissional designada para a colheita das declarações e, assim, desvendar que o paciente era menor de idade na data das condutas, pois completou dezoito anos de idade em 4-9-2019 e após isso não teve mais contato algum com a ofendida.

Todavia, do depoimento especial observa-se que a menor foi interrogada sobre a última vez que os atos teriam acontecido. Se entende a defesa haver outra indagação apta a esclarecer suas dúvidas e a constituir prova em favor do réu, deveria apresentar, ainda que posteriormente, o que sequer ocorreu. Assim, não restou demonstrado de plano, ao menos por enquanto e com base nas argumentações da defesa, o prejuízo sofrido, o que inviabiliza a concessão da ordem na forma pleiteada.

No que concerne à pretensão para que se proceda à distinção do presente caso com aquele julgado em 10-10-2019 por este Sodalício, sob a relatoria do eminente Des. José Everaldo Silva, no Habeas Corpus n. 4027615-87.2019.8.24.0000, cumpre mencionar que, na situação sob análise, a defesa foi intimada acerca do deferimento da colheita do depoimento especial e apresentou, inclusive, quesitos previamente (evento 18 dos autos n. 5000454-79.2020.8.24.0023).

A alegação de nulidade, ademais, não foi negada, mas apenas postergada para exame futuro. Naquela referida pelos impetrantes como paradigma, contudo, a defesa sequer foi notificada da determinação judicial de produção antecipada de prova, somente tomando conhecimento do requerimento ministerial após a efetiva realização do ato, que, inclusive, se deu em forma de audiência comum e não por meio de depoimento especial, o que, aparentemente, teria inibido a vítima a falar

sobre os fatos. Na sequência o Juízo singular não reconheceu a nulidade pretendida.

Extrai-se, ademais, do inteiro teor do correlato voto:

[...]

O prejuízo, naquele julgado, restou aparente, diferentemente do que ocorre na conjuntura em exame neste momento, segundo discorrido.

Logo, justificada a necessidade de se manter o pronunciamento vergastado, não resta evidenciado o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, voto no sentido de denegar a ordem.”

Sem razão o agravante.

Com efeito, da análise do excerto colacionado, verifica-se que não há que se falar em nulidade no procedimento de tomada do depoimento pessoal da vítima, realizado na fase do inquérito policial, cujo contraditório pode ser diferido para eventual instrução criminal, acaso venha ser oferecida denúncia contra o agravante, uma vez que ressoa dos autos pedido ministerial de melhores esclarecimentos quanto às datas dos supostos abusos cometidos com escopo de aferir a imputabilidade penal do agravante. Assim, tem-se que a alegação de nulidade não foi negada, mas somente postergada para eventual instrução criminal, acaso sejam concluídas pela imputabilidade do paciente após a conclusão das diligências requeridas pelo *Parquet*.

Ademais, verifica-se que restou justificada a impossibilidade de transmissão em tempo real para a sala de audiência do procedimento ora impugnado, dado o reduzido número de servidores responsáveis, o que reforça ainda mais e impossibilidade de reconhecimento de vício, notadamente porque a defesa foi previamente intimada para formulação de quesitos, devidamente apresentados à vítima, sendo certo que o magistrado de piso, após a conclusão das investigações, irá analisar eventual nulidade do procedimento e nova realização do mesmo, o que evidencia a ausência de prejuízo concreto à defesa que, ressalte-se novamente, poderá se insurgir por ocasião de eventual instrução criminal.

Nesse cenário, em que não se vislumbra qualquer prejuízo ou cerceamento à defesa, que constitui condição *sine qua non* ao reconhecimento de nulidade, *ex vi* do art. 563 do CPP, comporta deferência a afirmação constante do acórdão recorrido no sentido de que “**não restou demonstrado de plano, ao menos por enquanto e com base nas argumentações da defesa, o prejuízo sofrido, o que inviabiliza a concessão da ordem na forma pleiteada**” (fls. 270-271).

Quanto ao tema, confirmam-se:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Nulidade. Não reconhecida. Prejuízo ausente. Flagrante ilegalidade não constatada *in casu*. Necessidade de amplo revolvimento fático-probatório na via estreita do *writ*. Impossibilidade. Indevida supressão de instância. No mais, não enfrentamento dos fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Agravo desprovido.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte Superior, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No caso concreto, como decidido anteriormente, não se vislumbrou qualquer prejuízo ao agravante, tendo em vista que a d. Defesa não demonstrou a existência de indevida negativa de prestação jurisdicional do eg. Tribunal de origem, porque as teses a ele invocadas foram devidamente apreciadas.

III - A ordem de apreciação dos recursos insere-se no âmbito da discricionariedade do d. julgador. De qualquer forma, não houve a demonstração de qual a tese jurídica teria sido prejudicada, nem mesmo como a atuação defensiva se mostrou inferiorizada pela inversão no julgamento ocorrido na mesma sessão.

IV - A jurisprudência desta eg. Corte Superior é firme no sentido de que "Da literalidade do artigo 563 do Código de Processo Penal extrai-se que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (AgRg no REsp n. 1.687.421/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 9/5/2018).

V - Ainda, verifica-se que a irrisignação da d. Defesa em relação à ausência de prestação jurisdicional quanto à a) ausência de dolo, b) erro determinado por terceiro, c) existência de parcelamento fiscal e d) causa de extinção de punibilidade não merece acolhimento.

VI - A eg. Corte de origem afastou tais teses mediante exaustivo debate com incursão na seara fático-probatória, cujo afastamento nesta via resta obstado, pois estreita e não admite dilação probatória, assim como o aprofundado exame do acervo da ação penal para desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas. *Verbis*: "Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do ilícito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*" (HC n. 431.708/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 30/5/2018).

VII - Outrossim, não houve apreciação pelo eg. Tribunal de origem acerca da nulidade em decorrência da ausência de intimação para a apresentação de contrarrazões ao recurso especial, o que impede a apreciação do tema por esta eg. Corte Superior, porque configurada a indevida supressão de instância.

VIII - É assente nesta eg. Corte Superior que, "Mesmo a suposta nulidade absoluta deve ser objeto de decisão pelo eg. Tribunal de Justiça, para que seja

inaugurada a competência desta Corte e afastada a supressão de instância” (AgRg nos EDcl no HC n. 448.209/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 9/8/2018).

IX - No mais, a d. Defesa se limitou a reprimir os argumentos do *habeas corpus*, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 667.196/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato - Des. Conv. do TJDF, DJe de 22/9/2021, grifei).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estupro de vulnerável. Depoimento especial de vítima menor. Lei 13.431/2017. Contraditório e ampla defesa assegurados. Ausência de prejuízo. Recurso improvido.

1. A Lei 13.431/2017 instituiu procedimentos de proteção à criança e ao adolescente vítima de violência, prescrevendo o chamado “depoimento especial” dessa vítima, com oitiva especializada em separado.

2. Impossibilitada tecnicamente a transmissão simultânea da audiência, tentou o magistrado seguir protegendo a vítima criança ou adolescente e assegurar o contraditório com a formulação de perguntas antes e após a audiência.

3. A providência judicial manteve a oitiva em separado da criança ou do adolescente e a possibilidade de repreguntas, aliás dispensadas pelo acusado, de modo que não se verifica - e sequer se indica - qualquer prejuízo pela audiência como ocorrida.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC n. 112.070/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 23/9/2019).

[...]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado. [...] (AgRg no RHC 119.377/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 23/10/2020).

[...].

Convém registrar, que o reconhecimento de nulidades, relativa ou absoluta, no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*). Precedentes. [...] (HC 628.708/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 29/03/2021).

No mesmo sentido, colhe-se do parecer ministerial de cúpula os seguintes fundamentos, que invoco como razões complementares de decidir, *verbis* (fls. 297-299):

“No caso, a tese defensiva é a de que não foi intimada para participar da realização do depoimento em tempo real, o que inviabilizou a confecção de perguntas complementares.

A ausência de intimação e a não participação da defesa são pontos incontestes nos autos.

Não obstante, não foi aplicada a sanção de nulidade pelo juízo de primeiro grau em virtude da ausência de prejuízo, o que está correto.

Conforme se colhe da documentação dos autos, “foi franqueado à Defesa a prévia apresentação de quesitos, surgindo ainda, a possibilidade de complementar eventuais questionamentos posteriormente” (e-STJ Fl. 202).

O juízo garantiu à defesa, assim, ampla possibilidade de esclarecer os fatos que julgasse necessários ao patrocínio de seu cliente, inexistindo nulidade pela não realização do ato processual em tempo real, conforme já decidiu o STJ:

[...]

Outrossim, a leitura das informações indica que o MPSC, de posse do relatório policial, não denunciou o paciente, solicitando nova diligência à autoridade policial, a fim de esclarecer a cronologia dos fatos e as idades do investigado e da ofendida ao tempo em que se iniciaram os investigados abusos sexuais.

Noto que a idade do paciente é justamente a questão de fato que a defesa gostaria de ter esclarecido com sua participação no depoimento especial, conforme se constata da própria petição do mandamus (e-STJ Fls. 18/19) e como bem ressaltado pelo TJSC:

[I]sso porque o indiciamento, por si só, não foi o suficiente para que a autoridade policial viesse a influenciar na opinio delicti do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, visto que este, por meio do Promotor de Justiça oficiante, ainda não se convenceu a imputabilidade penal de J. V. P. de A., pedido o retorno do Inquérito Policial n. 5048518-86.2021.8.24.0023 para complementar as investigações e esclarecer exatamente a dúvida que os impetrantes explicam que queriam ver solucionada no depoimento especial da suposta vítima, ou seja, se os fatos teriam sido perpetrados, em tese, quando J. V. P. de A. ainda era menor de idade (correspondente evento 5 do IP). (e-STJ Fl. 287)

Desta forma, não há ainda denúncia contra o paciente e a questão que pretende ver esclarecida está sob investigação do Ministério Público de Santa Catarina, o qual, portanto, tem levado em consideração a argumentação defensiva.

Desta forma, ao menos até o momento, não há prejuízo ao paciente, não havendo que se falar em sanção de nulidade:

[...]

Noto que a prudência da Justiça de Santa Catarina guarda consonância aos ditames legais que tratam do depoimento especial, o qual, preferencialmente, “será realizado uma única vez” (artigo 11 da Lei n. 13.431/2017), a fim de evitar novos danos à adolescente vítima.

Na espécie, caso anulado o ato, necessário seria novo depoimento, vulnerando a intenção legislativa e os direitos fundamentais da ofendida”

Assim, o presente agravo limitou-se a *repisar* as alegações vertidas inicialmente, *deixando de refutar, ponto por ponto, os argumentos da decisão agravada*, caso em que tem aplicabilidade o disposto no enunciado n. 182 da Súmula desta Corte: “*É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada*”.

Exemplificativamente:

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Violação ao princípio da colegialidade. Inocorrência. Não enfrentamento dos fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Agravo não conhecido.

1. A jurisprudência desta Corte é harmônica no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Conforme reiterados julgados dessa Corte, cumpria ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada a qual não conheceu do *writ* por se tratar de reiteração de pedido analisado por esta corte no AREsp n. 1.336.090 e inexistir requisitos a serem analisados da segregação cautelar por se tratar de execução provisória da pena. *Limitou-se a defesa em argumentar sobre a possibilidade de superação da súmula 691/STF e ausência de requisitos autorizadores da prisão preventiva. Portanto, no caso, aplica-se a Súmula 182/STJ “é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”*

3. Agravo regimental não conhecido (AgRg no HC n. 429.525/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/11/2018).

Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Perda de 1/3 dos dias remidos. Prejudicialidade. Fundamento não impugnado no presente recurso. Súmula n. 182/STJ. Prática de falta grave. Alegação de necessidade de prévia oitiva do apenado. Desnecessidade. Pedido de afastamento da infração ou desclassificação para falta média ou leve. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Via inadequada. Agravo parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. O presente recurso não deve ser conhecido quanto à insurgência em torno da suposta revogação dos dias remidos, pois o agravante não impugnou especificamente o fundamento da decisão ora atacada, concernente à prejudicialidade do pleito defensivo sobre a questão. Assim, incide, na espécie, a Súmula n. 182/STJ.

2. Não prospera a alegação de nulidade da decisão que homologou a falta grave do Paciente, pois, no procedimento administrativo instaurado para a apuração de falta disciplinar, o sentenciado “foi ouvido na presença de Defensor, tendo este oportunidade de apresentação de defesa administrativa”, conforme o Magistrado de primeira instância. A Lei de Execução Penal, no art. 118, exige a oitiva prévia do condenado apenas nas hipóteses de regressão de regime prisional, o que não é o caso.

3. A suscitada necessidade de afastamento da infração ou de desclassificação da falta grave para falta média ou leve exigiria o revolvimento de fatos e provas, o que é incompatível com os limites cognitivos do *habeas corpus*. Precedentes.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (AgRg no HC n. 439.588/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13/11/2018).

Processual Penal. Agravo regimental. Art. 157, § 2º, I e II e art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Art. 157, § 2º, I e II e art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Dosimetria. Terceira fase. Majorantes. *Quantum* de acréscimo. Súmula n. 443 desta Corte. Direito ao regime inicial semiaberto. Pretensão de simples reforma. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Recurso a que se nega provimento.

1. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, restringindo-se o agravante a demonstrar seu inconformismo com o decisum impugnado, tão somente reiterando os argumentos da inicial do *habeas corpus*, é de ser negada a pretensão de simples reforma. (Enunciado n. 182 desta Corte).

2. O agravo regimental não é a via própria para proposição de cancelamento de verbete sumular. Além disso, a questão não foi debatida pelas instâncias ordinárias, surgindo apenas no parecer opinativo do Ministério Público Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n. 447.162/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/08/2018).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. *Writ* prejudicado. Superveniente perda de objeto. Ofensa ao princípio da colegialidade. Não ocorrência. Ausência de impugnação específica. Aplicação, por analogia, da Súmula 182/STJ. Não conhecimento.

1. Não há impedimento para que o relator decida a impetração, de forma singular, nos termos do art. 557 do CPC c/c os arts. 3º do Código de Processo Penal, 38 da Lei n. 8.038/90 e 34, XVIII, b, do RISTJ, quando já exista jurisprudência consolidada no Tribunal a respeito da matéria versada no *writ*, incorrendo, portanto, ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes desta Corte e do STF.

2. Ao agravante cabe impugnar de forma específica os fundamentos da decisão recorrida, sob pena de não conhecimento da insurgência. Aplicação, por analogia, do enunciado contido na Súmula n. 182 desta Corte.

3. Agravo regimental não conhecido (AgRg no HC n. 405.266/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 19/06/2018).

Por fim, destaque-se que no presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento novo e *apto* a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte:

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Ausência de debate da tese pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Impossibilidade. Ausência de individualização da situação de cada condenado. Inexistência de novos fundamentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo improvido.

1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão por meio de agravo regimental requer a apresentação de argumentos capazes de alterar os fundamentos anteriormente firmados.

[...]

6. Assim, inexistindo novos fundamentos capazes de modificar o *decisum* impugnado, deve ser mantida a decisão.

7. Agravo improvido (AgRg no HC n. 384.871/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 09/08/2017).

Penal. Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Decisão monocrática. Ofensa ao princípio da colegialidade. Inexistência. Tráfico privilegiado. Dedicção a atividades criminosas. Ausência de argumentos novos para atacar a decisão impugnada. Mero inconformismo. Agravo regimental improvido.

1. Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

[...]

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC n. 369.103/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 31/08/2017).

Agravo regimental em *habeas corpus*. 1. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. 2. Lei Maria da Penha. Crime de ameaça. Divergência

jurisprudencial. Violação ao art. 44, I, do CP. Não ocorrência. Substituição da pena. Impossibilidade. Crime cometido com grave ameaça à pessoa. 3. Recurso improvido.

1. *O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.*

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n. 288.503/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1º/09/2014, grifei).

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental.*

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 766.462-AP (2022/0266437-6)

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik
Impetrante: Samuel Camargo Falavinha
Advogado: Samuel Camargo Falavinha - PR065874
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
Paciente: José Antônio Nogueira de Souza
Corréu: Hebson Wilson Oliveira Nobre
Corréu: Daimio Chaves Brito
Corréu: Josimar da Silva Cordeiro
Corréu: Cesar da Silva Rocha
Corréu: Diogenes Manoel Chaves Brito
Corréu: Sandro Leonidas Picanço Damasceno
Corréu: Carlucia Rocha de Magalhães Leite
Corréu: Charles Douglas da Silva Rocha
Corréu: Jose Luiz Nogueira de Souza
Corréu: Nilmaria Costa Amapral
Corréu: Lisbetania Pereira Alves
Corréu: Lourival do Carmo Freitas
Interes.: Ministério Público do Estado do Amapá

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Acórdão condenatório proferido pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Pedido de reconhecimento de nulidade da condenação transitada em julgado. Alegação de incompetência absoluta. Tese defensiva no sentido de que os crimes comuns são conexos aos crimes eleitorais. Revisão criminal julgada improcedente pelo Tribunal *a quo*. Invocação no presente *mandamus* de inovação jurisprudencial advinda do julgamento do Inq 4.435 pelo Supremo Tribunal Federal. Julgamento da revisão criminal pelo Tribunal *a quo* anteriormente à mudança jurisprudencial. Tese não submetida à Corte estadual. Supressão de instância. Acórdão impugnado amparado em *habeas corpus* e recurso especial julgados por esta Corte Superior de Justiça. Afastamento da conexão entre os crimes comuns e eleitorais pelo STJ. Impossibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício contra ato próprio. Inteligência do art. 650, § 1º, do Código de Processo Penal. Ausência de flagrante ilegalidade no acórdão impugnado. *Habeas corpus* substitutivo não conhecido.

1. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá - TJAP no julgamento da Revisão Criminal n. 0001329-62.2018.8.03.0000. No presente *writ*, a defesa do paciente, novamente, objetiva a anulação, desde a denúncia, de ação penal que tramitou perante a Justiça Comum. Argumenta que o feito teria sido julgado por Juízo absolutamente incompetente porque, no seu entendimento, havia, no contexto processual, a ocorrência de conexão entre os crimes comuns e eleitorais. Sustenta que, embora a condenação imposta pela Justiça Comum tenha transitado em julgado, o presente *writ* encontra respaldo na mudança jurisprudencial sobre o tema quando do julgamento do Inq 4.435 pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

2. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do STF e do STJ. Contudo, considerando alegação exposta na inicial o feito foi processado para verificar a existência do constrangimento ilegal narrado pelo impetrante.

3. “*A mudança ou modificação na orientação jurisprudencial, mesmo que favorável ao condenado, não autoriza o uso da revisão criminal, conforme firme entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*” (AgRg nos EDcl na RvCr n. 5.544/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 17/8/2022). Referido entendimento tem sido flexibilizado tão somente nas hipóteses em que haja novo entendimento benéfico ao réu e que tal entendimento seja relevante e atual (RvCr n. 5.627/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 22/10/2021 e RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 15/12/2017).

4. No caso em análise, o acórdão da revisão criminal objeto do presente *mandamus* foi proferido em 12/12/2018. No julgamento da revisional, o Tribunal *a quo* não enfrentou a tese segundo a qual teria havido mudança jurisprudencial acerca da competência para julgamento de crimes comuns conexos a crimes eleitorais, até porque seria impossível fazê-lo, uma vez que a Suprema Corte julgou o Inq 4.435 apenas em 14/3/2019. Destarte, é defeso a esta Corte Superior de Justiça analisar referida questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes da Quinta Turma: AgRg no HC n. 653.590/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 24/5/2021; AgRg no HC n. 728.219/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), DJe de 9/8/2022 e AgRg no HC n. 714.851/DF, de minha relatoria, DJe de 4/4/2022.

5. Além disso, o Tribunal Estadual julgou a revisão criminal amparado em acórdão desta Corte Superior de Justiça proferido no julgamento do HC n. 159.369/AP, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe de 18/5/2011. Naquela oportunidade, o STJ entendeu não estar configurada a conexão entre os crimes comuns e os crimes eleitorais. Frise-se que o STJ afastou a conexão com esteio em decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE no caso concreto. Ademais, o reconhecimento da inexistência de conexão entre as ações que tramitaram na Justiça Comum e Eleitoral foi mantido no julgamento do AgRg no REsp n. 1.290.279/AP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe de 9/10/2015.

6. Nesse contexto, incabível a concessão da ordem de ofício em dissonância com julgamentos realizados pelo próprio STJ,

uma vez que, à luz do art. 650, § 1º, do CPP, a competência para conhecer originalmente do pedido de *habeas corpus* cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.

7. *Habeas corpus* substitutivo não conhecido por não se identificar flagrante ilegalidade no acórdão impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, com ressalva do Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 5.12.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de *José Antônio Nogueira de Souza*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá - TJAP no julgamento da Revisão Criminal n. 0001329-62.2018.8.03.0000.

Na mencionada ação revisional, a defesa pleiteou, sem êxito, a anulação do acórdão proferido em 17/12/2009 pelo Pleno do TJAP (Processo n. 0001627-11 2005.8.03.0000), que condenou o paciente pela prática dos crimes tipificados no art. 288 (quadrilha ou bando), no art. 332 (tráfico de influência) e art. 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), todos combinados com o art. 71 (crime continuado) e art. 69 (concurso material) do Código Penal - CP (fl. 135).

Naquela oportunidade, a parte autora da revisão criminal sustentou nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, alegando incompetência

absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar os fatos que ensejaram a ação penal originária. Argumentou que o conjunto probatório apurado nos autos do Inquérito Policial Federal n. 082/2002-DPF/SR/AP, no qual o ora paciente foi indiciado pelos crimes tipificados no art. 299 (vantagem ilícita para obtenção de voto) e no art. 350 (falsidade documental para fins eleitorais) do Código Eleitoral, demonstrariam a prevenção, a conexão e a continência da Justiça Eleitoral.

Todavia, em julgamento realizado em 12/12/2018, a ação revisional foi julgada improcedente, conforme acórdão que restou assim ementado:

Processo Penal. Revisão criminal. Alegação de sentença condenatória contrárias às leis penais. Inocorrência. Pretensão de reexame de fatos debatidos e já com trânsito em julgado. Impossibilidade. Revisão improcedente. 1) Os requerentes, sob a justificativa de “sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal”, pretendem, em verdade, utilizar-se desta via judicial como se fosse uma nova apelação, eis que busca rediscutir questão exaustivamente debatida durante a ação penal, inclusive no âmbito das Cortes Superiores. 2) Revisional improcedente. (fl. 136)

No presente *habeas corpus*, a defesa do paciente novamente objetiva a anulação, desde a denúncia, de ação penal que tramitou perante a Justiça Comum. Argumenta que o feito teria sido julgado por Juízo absolutamente incompetente porque, no seu entendimento, havia, no contexto processual, a ocorrência de conexão entre os crimes comuns e eleitorais.

Sustenta que, embora a condenação imposta pela Justiça Comum tenha transitado em julgado, o presente *writ* encontra respaldo na mudança jurisprudencial sobre o tema quando do julgamento do Inq 4.435 pelo Supremo Tribunal Federal - STF e do AgRg na APn 865/DF pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Aduz, ainda, que a tese veiculada no presente *mandamus* trata de matéria de ordem pública e menciona precedentes do STJ que concederam a ordem de ofício em *habeas corpus* substitutivo contra flagrante ilegalidade (HC n. 740.692/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 12/8/2022 e AgRg no HC n. 559.214/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 13/5/2022).

Alega que esta Corte Superior de Justiça admite a possibilidade de revisão criminal e de *habeas corpus* substitutivo, quando houver mudança jurisprudencial pacífica e relevante em benefício do réu, invocando precedente de minha relatoria (RvCr 5.627/DF, Terceira Seção, DJe 22/10/2021).

Assevera que, na espécie, é de se reconhecer que a descrição, na peça acusatória, de condutas que se subsomem ao Código Eleitoral, mesmo quando desacompanhada da capitulação jurídica respectiva, é suficiente para provocar o deslocamento da competência para a Justiça Eleitoral para o julgamento do crime eleitoral e dos crimes comuns que lhe forem conexos.

Requer “a concessão de ordem liminar inaudita altera parte, a fim de que sejam suspensos os efeitos da condenação criminal do paciente provinda da ação penal n. 00016271-11.2005.8.03.000, até julgamento definitivo do remédio heroico em análise” (fl. 37).

Pugna, por fim, a inclusão deste *habeas corpus* na pauta para julgamento presencial ou semipresencial, com intimação do advogado para realizar sustentação oral (fl. 38).

A medida liminar foi indeferida ao fundamento de não ter sido identificada flagrante ilegalidade, uma vez que a Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça já se pronunciou pela incoerência de conexão entre a ação eleitoral e a ação penal na ocasião em que julgou o Habeas Corpus n. 159.369/AP.

Os autos foram encaminhados para o Ministério Público Federal, o qual ofereceu parecer que recebeu o seguinte sumário:

Processual Penal. Incompetência absoluta do juízo processante. Conexão entre crimes comuns e eleitorais. Incoerência, conforme decidido por essa Corte Superior no julgamento do Habeas Corpus n. 159.369/AP.

- Pela denegação. (fl. 755)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do STF e do STJ. Contudo, considerando alegação exposta na inicial – mudança jurisprudencial decorrente do julgamento do Inq 4.435 pela Suprema Corte – o feito foi processado para verificar a existência do constrangimento ilegal narrado pelo impetrante.

Para melhor compreensão da controvérsia, esclarece-se que em razão de o ora paciente *José Antônio Nogueira de Souza*, antes vereador, ter sido diplomado Deputado Federal em 13/12/2002, a ação penal originária foi encaminhada

ao STF, todavia, diante de superveniente renúncia ao mandato de Deputado Federal em 31/12/2004, seguida de sua posse ao cargo de Prefeito do Município de Santana/AP em 1/1/2005, os autos foram encaminhados ao TJAP, onde, após o devido processo legal, o paciente foi condenado por julgamento realizado pelo Pleno da Corte Estadual em 17/12/2009.

Também impende destacar que o acórdão da revisão criminal objeto do presente *mandamus* foi proferido em 12/12/2018 e que, no julgamento da revisional, o Tribunal *a quo* não enfrentou a tese segundo a qual teria havido mudança jurisprudencial acerca da competência para julgamento de crimes comuns conexos a crimes eleitorais, até porque seria impossível fazê-lo, uma vez que a Suprema Corte não havia ainda julgado o Inq 4.435, no qual se funda o *writ* ora em análise.

Com efeito, em 20/11/2018, o quarto agravo regimental no Inq 4.435 foi afetado ao Pleno do STF e o julgamento do mérito ocorreu apenas em 14/3/2019, conforme se extrai das ementas a seguir transcritas:

Direito Processual Penal. Quarto agravo regimental. Falsidade ideológica eleitoral. Corrupção ativa e passiva. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Competência do Supremo Tribunal Federal para determinados fatos. Declínio de competência quanto a outros. Competência da Justiça Eleitoral, por conexão, quanto a crimes de competência da Justiça Federal ou impossibilidade de reconhecimento da competência eleitoral, considerada a competência federal que ostenta natureza constitucional e absoluta. Afetação ao pleno.

1. Na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, desde a solução da Questão de Ordem na AP 937, devem permanecer sob jurisdição do Tribunal os fatos supostamente praticados em 2014 pelo detentor de foro, uma vez que no exercício do cargo e em razão dele.

2. Quanto aos demais fatos, praticados em 2010 e 2012, não subsiste competência do Supremo Tribunal Federal para investigá-los, na medida em que praticados fora do exercício do cargo.

3. Quanto ao declínio de competência em relação aos fatos supostamente praticados em 2012 – crimes comuns de competência da Justiça Federal conexos a crimes eleitorais –, argui-se a necessidade de cisão da competência na origem para que se remetam à Justiça Eleitoral somente os crimes eleitorais, nada obstante a previsão legal (art. 35, II, do Código Eleitoral) de competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos, considerada a competência constitucional absoluta da Justiça Federal. Entender de modo diverso seria autorizar que a lei modificasse a competência constitucionalmente estabelecida no art. 109 da CF.

4. Nesse ponto, sustenta-se também um argumento pragmático, para além do fundamento técnico: a extrema complexidade que ostenta boa parte dos

crimes de competência da Justiça Federal dificulta, quando não verdadeiramente impede, a efetiva persecução penal ser realizada pela Justiça Eleitoral que não é aparelhada para esse fim, não contando com estrutura adequada, ou com profissionais especializados nesse tipo de persecução penal.

5. Considerado que a Segunda Turma, após o julgamento da Pet 6.820, tem, sempre por maioria, reiteradamente decidido no sentido de que cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes comuns federais conexos a crimes eleitorais, considero importante que Plenário estabeleça, após ampla discussão, uma orientação segura para a matéria.

6. *Tema afetado ao Plenário para definir o alcance da competência criminal eleitoral.*

(Inq 4.435 AgR-quarto-QO, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 20/11/2018, Acórdão Eletrônico DJe-167 divulg 31-07-2019 public 01-08-2019)

Competência. Justiça Eleitoral. Crimes conexos. *Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos* – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. (Inq 4.435 AgR-quarto, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, Acórdão Eletrônico DJe-182 divulg 20-08-2019 public 21-08-2019)

Conforme relatado, o impetrante também aduz – invocando precedente da Terceira Seção de minha relatoria (RvCr 5.627/DF, DJe 22/10/2021) – que o STJ “*admite a possibilidade de ingresso com Revisão Criminal e/ou Habeas Corpus substitutivo, quando houver mudança jurisprudencial pacífica e relevante em benefício do réu*” (fl. 7).

Quanto a este ponto específico, frise-se que a Terceira Seção entende, *como regra*, que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. Nesse sentido:

Agravo regimental nos embargos de declaração na revisão criminal. Mudança jurisprudencial. Não cabimento da revisão criminal. Agravo regimental não provido.

1. *A mudança ou modificação na orientação jurisprudencial, mesmo que favorável ao condenado, não autoriza o uso da revisão criminal, conforme firme entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

2. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg nos EDcl na RvCr n. 5.544/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 17/8/2022.)

Todavia, na linha do que sustenta o impetrante, referido entendimento tem sido flexibilizado tão somente nas hipóteses em que haja novo entendimento benéfico ao réu e que tal entendimento seja relevante e atual. Vejamos:

Revisão criminal. Penal e Processual Penal. Art. 621, I, do Código de Processo Penal - CPP. Entendimento jurisprudencial mais benigno e atual. Cabimento. Precedente. Art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal - CP. Preceito secundário. Inconstitucionalidade. Aplicação da pena prevista para o tráfico de drogas. Possibilidade. Aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos legais. Manutenção da pena imposta pelo Tribunal de origem. Restabelecimento. Revisão criminal julgada procedente.

1. *Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante. Precedente.*

2. Declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, as Turmas que compõem a 3ª Seção deste Sodalício passaram a determinar a aplicação da pena prevista no crime de contrabando ou no crime de tráfico de drogas, do art. 33 da Lei de Drogas.

3. A partir da solução da quaestio, verifica-se oscilação na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Destarte, a maioria dos julgadores desta Seção passou a adotar a orientação de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 nos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP.

4. Assim, embora não tenha havido necessariamente alteração jurisprudencial, e sim mudança de direcionamento, ainda que não pacífica, a respeito do tema, *a interpretação que deve ser dada ao artigo 621, I, do CPP é aquela de acolhimento da revisão criminal para fins de aplicação de entendimento desta Corte mais benigno e atual aos recorrentes, mormente quando a maioria dos julgadores desta Terceira Seção se posicionam no sentido da pretensão recursal.*

5. No caso, assentado pelo Tribunal de origem que os recorrentes são primários, possuem bons antecedentes e, inexistindo provas de que integrem organização criminosa ou mesmo dedicação à atividade delitativa, deve ser mantida a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração adotada pelas instâncias ordinárias - 1/2, restando totalizadas as reprimendas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto. As penas privativas de liberdade permanecem substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos como determinado pelo Tribunal *a quo*.

6. Revisão criminal procedente.

(RvCr n. 5.627/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 22/10/2021.)

Penal e Processo Penal. Revisão criminal fundada no art. 621, I, CPP. Estelionato previdenciário (art. 171, § 3º, CP) praticado por terceiro não beneficiário da fraude. Crime instantâneo de efeitos permanentes. *Entendimento jurisprudencial do STF superveniente à condenação*. Prescrição do *ius puniendi* reconhecida. Inexistência de erro judiciário. Impossibilidade de concessão de indenização (art. 630, CPP). Devolução dos valores pagos a título de pena de multa: possibilidade.

1. Ao negar seguimento a recurso especial da defesa, com amparo no enunciado n. 83 da Súmula/STJ, compara-se o tratamento dado ao mérito da controvérsia pelo Tribunal de segundo grau com o entendimento prevalente nesta Corte sobre o mesmo tema. Nesse sentido, é de se reconhecer a existência de exame de mérito da controvérsia apto a definir a competência deste Tribunal para o exame da revisão criminal. Inteligência do art. 240 do Regimento Interno do STJ.

2. *Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante.*

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido. A orientação se alinha com o entendimento exarado pela Corte Suprema, ao examinar o Agravo Regimental no ARE n. 663.735/ES, quando reconheceu a natureza binária do crime de estelionato previdenciário, a depender de quem pratica a conduta, o próprio beneficiário da vantagem indevida ou um intermediário para que terceira pessoa receba o benefício previdenciário ilícitamente.

4. No caso concreto, reconhecida a natureza jurídica do delito como crime instantâneo de efeitos permanentes, o termo inicial do prazo prescricional é a data do pagamento da prestação do primeiro benefício indevido que ocorreu em março/1985. Dado que a pena máxima em abstrato cominada para o delito do art. 171, § 3º, do CP é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, aplica-se-lhe o prazo prescricional de 12 (doze) anos, previsto no art. 109, III, do CP. Vê-se, assim, que a prescrição do direito estatal de exercer o *jus puniendi* ocorreu em 1997. Entretanto a denúncia somente veio a ser recebida em 03/08/2004.

5. Não há como se reconhecer a existência de erro judiciário capaz de gerar indenização por injusta condenação (art. 630, CPP) se a sentença condenatória fundou-se em interpretação jurisprudencial controversa à época da condenação e que somente veio a se firmar após a confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau.

6. Rescindida a condenação, tem direito o autor à devolução dos valores que pagou, indevidamente, a título de pena de multa, devidamente atualizados pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros de mora contados a partir do trânsito em julgado da revisão criminal.

7. Revisão criminal que se julga procedente, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do requerente em relação à condenação que lhe foi imposta pelo Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal n. 2000.61.81.000278-5/SP.

(RvCr n. 3.900/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 15/12/2017.)

De toda sorte, em que pese a mencionada flexibilização jurisprudencial acerca das circunstâncias autorizadoras do ajuizamento de revisão criminal, é defeso a esta Corte Superior de Justiça, *sob pena de incorrer em indevida supressão de instância*, enfrentar, no âmbito de *habeas corpus* substitutivo, a alegação de que o paciente deve ser beneficiado por inovação advinda do julgamento do Inq 4.435 AgR-quarto no STF, *uma vez que referida tese não foi analisada pelo Tribunal a quo*. Nesse sentido:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Crime tipificado no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Interposição de recurso ministerial contra sentença absolutória, em resposta afirmativa ao quesito da absolvição genérica, manifestamente contrária à prova dos autos. Tese defensiva não enfrentada na origem. Supressão de instância. Condenação transitada em julgado. Violação à soberania dos veredictos. Inocorrência. Atual entendimento da Terceira Seção do STJ. Ressalva ao entendimento pessoal deste relator. Agravo improvido.

1. *A nova tese trazida pelo nobre advogado, diante da possível guinada jurisprudencial promovida pelo Supremo Tribunal Federal, consistente na impossibilidade de o Ministério Público recorrer, com base em alegada contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, "d", do CPP), da decisão absolutória proferida pelo Tribunal do Júri fundada na resposta afirmativa ao quesito genérico, não foi submetida à apreciação do Tribunal de origem - tanto no julgamento da primeira apelação, interposta pelo Parquet, tampouco no julgamento da segunda apelação, interposta pela defesa -, o que, por si só, torna inviável o seu exame diretamente por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em supressão de instância.*

2. Ainda que não o fosse, consigno que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do HC n. 313.251/RJ, da Relatoria do E. Ministro *Joel Ilan Paciornik*, uniformizou sua jurisprudência sobre a possibilidade da interposição de recurso ministerial, uma única vez, contra a sentença absolutória do Tribunal do Júri, ainda que por clemência, quando esta for manifestamente contrária à prova dos autos, não havendo que se falar em violação ao princípio da soberania dos veredictos.

3. Conforme o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, a absolvição com base no quesito genérico, fundada em elementos metafísicos ou extra-autos, não pode excluir a possibilidade de revisão do julgado em segundo grau de jurisdição, máxime quando a pretensão recursal se fundar na manifesta contrariedade às provas dos autos, sob pena de malferimento à norma do art. 593, III, "d", do CPP. Fica ressalvado o entendimento pessoal desta relatoria em sentido contrário, sendo acompanhado, por ora, o entendimento majoritário da colenda Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

4. Apesar de reconhecida a repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.087/STF), o ARE n. 1.225.185/MG encontra-se pendente de julgamento, motivo pelo qual deve ser observada a atual jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. Não houve suspensão dos processos em curso.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando a sua aplicação retroativa, o que afasta as alegações de constrangimento ilegal e teratologia trazidos pelo agravante. Precedentes (AgRg no HC 445.141/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe de 1º/10/2018).

6. Na hipótese, antes dos primeiros julgados do STF citados pela defesa que sinalizam a possível mudança jurisprudencial da Suprema Corte sobre o tema (HC 117.076/PR; HC 143.595-MC/SP; RHC 168.796-MC/SP; HC 146.672/DF; RE 982.162/SP), o agravante já havia sido submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, que se realizou no dia 11/9/2015, sendo condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime descrito no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal. Inclusive, em sessão realizada no dia 6/9/2016, a condenação foi mantida pela Corte local, no julgamento da apelação interposta pela defesa, tendo sido certificado o trânsito em julgado da condenação, de modo que o agravante, encontra-se, atualmente, em cumprimento definitivo da pena privativa de liberdade.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 653.590/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 24/5/2021.)

Penal. Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Ofensa aos arts. 6º e 169, do CPP. Necessidade de perícia. Supressão de instância. Reconhecimento fotográfico realizado em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Inexistência. Mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Autoria estabelecida com base em outros elementos probatórios. Ofensa ao art. 400 do CPP. Inversão de oitiva de testemunha. Arrolada posteriormente. Previsão do art. 402 do CPP. Oitiva sob crivo do contraditório e ampla defesa. Nulidade. Inocorrência. Reexame do conjunto probatório impossibilidade na

via eleita. Dosimetria. Fundamentação apta. Circunstâncias e consequências do acidente, além da omissão de socorro. Alegações genéricas. Inexistência de novos argumentos hábeis a desconstituir a decisão impugnada. Agravo regimental desprovido.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

II - *Cumpra asseverar a impossibilidade deste Sodalício analisar alegação não submetida previamente ao Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Dessarte, verifica-se da leitura do acórdão recorrido que as alegações de ofensa aos arts. 6º e 169, ambos do CPP, no que se refere à necessidade de perícia de peça encontrada na via, não foram objeto de debate pela Corte de origem, o que obsta o conhecimento por este Tribunal.*

III - Esta Corte Superior inicialmente entendia que, conquanto fosse aconselhável a utilização, por analogia, das regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal no reconhecimento fotográfico, as disposições nele previstas eram meras recomendações, cuja inobservância não causava, por si só, a invalidade do ato. Precedentes.

IV - Em julgados recentes, entretanto, a utilização do reconhecimento fotográfico na delegacia, sem atendimento dos requisitos legais, passou a ser mitigada como única prova à denúncia ou condenação.

V - *In casu*, consta dos autos que a condenação se pautou em outros elementos de prova, produzidos sob o crivo do contraditório e ampla defesa, a corroborar o reconhecimento do agravante, por vítimas e testemunhas, de forma precisa.

VI - Destarte, afere-se que, de fato, existe um efetivo caderno probatório, apto a confirmar a autoria e materialidade do delito e a fundamentar a condenação, que não se resume a meros indícios não submetidos ao crivo do contraditório.

VII - Não há ofensa ao art. 400 do CPP, se o Juízo somente tomou conhecimento da testemunha quando do depoimento das demais testemunhas arroladas, o que foi requerida pelo Ministério Público e que tem fundamento no art. 402 do Código de Processo Penal, estando devidamente amparado pela legislação, bem como ouvida sob crivo do contraditório e ampla defesa, não havendo qualquer nulidade, ainda mais porque não alegada em tempo oportuno, qual seja, nas alegações finais, atraindo a preclusão da tese.

VIII - De qualquer forma, é inviável percorrer todo o arcabouço probatório do processo nesta via estreita que é a do *habeas corpus* e de seu recurso ordinário para fins de desconstituir as decisões prolatadas pelas instâncias de origem.

IX - Houve fundamentação apta a justificar a exasperação da pena base, notadamente pelas circunstâncias do acidente provocado, ultrapassagem em

local proibido, demonstrando imprudência, bem como pelas consequências, uma vítima fatal e outra com lesões graves, necessitando de internação em UTI, bem como envolvendo outros 2 veículos além do causador do acidente, assim como a exasperação na terceira fase em razão da omissão de socorro e gravidade dos fatos.

X - A Defesa trouxe apenas alegação genérica de que a pena imposta pelas instâncias ordinárias carece de fundamentação idônea, além de ser manifestamente desproporcional em todas as etapas da dosimetria com a consequente substituição da carcerária por restritiva de direitos e fixação do regime aberto, não apontando nada em concreto que pudesse modificar a dosimetria Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 728.219/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF - , Quinta Turma, DJe de 9/8/2022.)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Reconhecimento fotográfico. Supressão de instância. Inviabilidade. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. *A tese ora trazida no presente mandamus relativa a absolvição com base na suposta nulidade da prova do reconhecimento fotográfico realizado na delegacia (em desacordo com a determinação do art. 226 do CPP) não foi analisada no acórdão atacado.* Limitou-se a Corte de origem a discorrer que o enfrentamento da matéria requer um cotejo detido do conjunto probatório, o que não pode ser feito em sede de *habeas corpus*, cabendo ao Tribunal do Júri aprofundar-se no mérito para definir se justificam ou não a condenação. *Dessa forma, como a matéria não foi submetida a debate na instância ordinária, este Tribunal Superior encontra-se impedido de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância.*

A Corte de origem concluiu pela inviabilidade da revisão da questão ora debatida, posto não restou “clarividente e demonstrado de plano que a única prova que embasou a condenação do paciente foi o reconhecimento fotográfico que não teria observado o procedimento previsto no art. 226, do CP”, bem como que, de mais a mais, no caso concreto, “seria necessária a análise de todo o conjunto de provas produzido, não se podendo perder de vista que se trata de autos afetos à competência do Tribunal de Júri, o que limita sobremaneira a atuação do magistrado, tendo em vista a soberania do veredicto do Tribunal Popular, garantida constitucionalmente”. Em outras palavras, não há como verificar haver semelhança entre o acórdão objurgado em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 714.851/DF, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 4/4/2022.)

Observe-se, que, na espécie, sequer há de se cogitar a ilegalidade do acórdão impugnado ao fundamento de que estaria supostamente em desacordo com nova orientação do STF, uma vez que, à época do julgamento da revisão criminal, o Pleno da Suprema Corte não havia, ainda, firmado nova compreensão sobre o Juízo competente para julgar crimes comuns conexos a crimes eleitorais. Em outras palavras, incabível exigir que a Corte Estadual analisasse a revisão criminal à luz de jurisprudência que sequer existia à época do julgamento.

Ainda no que diz respeito à mudança jurisprudencial alegada pelo impetrante, na ocasião em que foi julgada a revisão criminal pelo TJAP, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, de fato, já indicava a necessidade de o Juízo Eleitoral deliberar sobre a existência de conexão ou necessidade de desmembramento dos feitos (AgRg na APn n. 865/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 7/11/2018, DJe de 13/11/2018). Contudo, referido precedente, trazido na inicial do presente *writ*, não foi objeto de análise no julgamento da revisão criminal no Tribunal *a quo*.

Além disso, o TJAP proferiu julgamento amparado em julgado desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, no caso em análise, não está configurada a conexão entre os crimes comuns, cuja condenação se pretende anular, e os crimes eleitorais. Vejamos:

Habeas corpus. Ação penal. Fraudes no Detran para fornecimento de Carteira Nacional de Habilitação, crime conhecido, *in casu*, como “Carteira n”. Delitos de formação de quadrilha ou bando, inserção de dados falsos em sistemas de informações e tráfico de influência. Ação de impugnação de mandato eletivo. *Competência para julgar. Justiça Eleitoral x Justiça Comum. Conexão entre os crimes. Inexistência*. Prescrição. Extinção de punibilidade, declarada de ofício, quanto a um dos crimes.

1. A simples análise dos processos eleitoral e penal demonstra que as *causae petendi*, ou seja, os fundamentos de pedir das ações, são indubitavelmente diversas.

2. É consabido que o mesmo ato/fato jurídico ilícito pode redundar na aplicação de dispositivos legais e suas sanções de natureza diversa: cível, penal, administrativa ou eleitoral, sem que o processo de uma inviabilize a existência de outro, de natureza diversa, como no caso concreto.

3. *Inexistência de conexão entre as ações eleitoral e penal*.

4. A prescrição da pretensão punitiva pode ser reconhecida, de ofício, em qualquer fase do processo, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.

5. Declarada *ex officio* a extinção da punibilidade do crime previsto no art. 288 do CP, em relação aos pacientes, diante do cumprimento do lapso temporal.

6. Ordem parcialmente concedida de ofício.

(HC n. 159.369/AP, relator Ministro Adilson Vieira Macabu - Desembargador Convocado do TJ/RJ, Quinta Turma, DJe de 18/5/2011.)

Frise-se, outrossim, que o STJ afastou a conexão entre os delitos comuns e eleitorais com esteio em decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE no caso concreto, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão proferido pela Quinta Turma no julgamento do HC n. 159.369/AP, relator Ministro Adilson Vieira Macabu, Desembargador Convocado do TJ/RJ, DJe de 18/5/2011. Vejamos:

O impetrante sustenta que seria da Justiça Eleitoral a competência para julgar os crimes de quadrilha, inserção de dados falsos em sistema de informações e tráfico de influência, na medida em que conexos ao de captação ilícita de sufrágio, pelo fornecimento de carteira de habilitação em troca de votos, razão pela qual busca a anulação do processo criminal julgado pelo Pleno do C. Tribunal de Justiça do Amapá.

Reputa violados os seguintes dispositivos de lei: arts. 35, II, do Código Eleitoral Brasileiro, 69, VI, 71 e 76, IV, e 83, todos do Código de Processo Penal.

Nenhuma razão lhe assiste.

Da simples leitura dos processos eleitoral e penal, depreende-se que as *causae petendi*, ou seja, os fundamentos de pedir das ações, são indubitavelmente diversas. Ademais, é de conhecimento de todos que o mesmo ato/fato jurídico ilícito pode redundar na aplicação de dispositivos legais e suas sanções de índoles diversas: cível, penal, administrativa ou eleitoral, sem que o processo de uma natureza inviabilize a existência de outro, de natureza diferente, como na hipótese dos presentes autos.

As esferas de responsabilização eleitoral e criminal são independentes e os mesmos fatos que foram hábeis a demonstrar abuso, em sede de investigação penal, podem vir a configurar crime eleitoral.

O art. 35, inciso II, do Código eleitoral determina a competência dos Juízes eleitorais, *verbis*:

Art. 35 - compete aos Juízes: II -processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais.

A conexão em matéria de crime eleitoral, por sua vez, é determinada pelo art. 364 do mesmo diploma legal:

Art. 364 - No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes

digam respeito, aplicar-se-à, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

Já o CPP determina no art. 78, IV, em relação à conexão entre a jurisdição comum e a especial, a prevalência desta:

Art. 78 - Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: IV- no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Assim sendo, à primeira vista, poder-se-ia concluir que a Justiça Eleitoral, por ser especializada, exerceria a *vis attractiva*, nas hipóteses em que o ilícito penal eleitoral fosse praticado em conexão com o de natureza comum.

Entretanto, não se trata, aqui, de preposição absoluta. Existem exceções à regra e essa é, exatamente, a hipótese do caso concreto, qual seja, as causas petendi são diversas: no processo eleitoral apurou-se a existência de “compra de votos”, proibida ante o disposto no art. 41 - A da Lei n. 9.504/97, enquanto na Ação Penal Originária discute-se a ocorrência ou não de infração de natureza penal relacionada à expedição irregular de carteiras de habilitação, tipificada como crime contra a Administração Pública.

Aliás, esse é o entendimento adotado pelo eg. TSE ao julgar o recurso ordinário do paciente contra a decisão proferida pelo TRE/AP, cujo trecho transcrevo a seguir:

...omissis...

Da mesma forma, não enseja suspensão do processo o fato de estar pendente de julgamento o Inquérito n. 1.881 perante o STF. O recorrente baseia seu pedido no art. 265, IV, *a*, do Código de Processo Civil, e no art. 64 do Código de Processo Penal. No entanto, neste processo, busca-se apurar a existência de captação de sufrágio vedada pelo art. 41-A da Lei n. 9.504/97. *No inquérito, perquire-se a existência ou não de infração de natureza penal relacionada à expedição irregular de carteiras de habilitação, tipificada como crime contra a Administração Pública. Não há relação de prejudicialidade entre as causas. Como bem frisado pela Procuradoria-Geral Eleitoral, em seu parecer. Na ação penal se apura a emissão ilegal de carteiras de habilitação, enquanto aqui se apura a prática de captação de sufrágio. Não há qualquer relação de dependência entre elas. E tal independência é tão patente que o Recorrente poderia ser absolvido na ação penal em curso por ser constatado que não estava envolvido na emissão irregular de CNHs, ao mesmo tempo em que poderia ser condenado no presente feito, pelo simples fato de ter oferecido uma carteira de habilitação em troca de voto. (fl. 1.483) A captação ilícita de sufrágio pode restar caracterizada sem que para isso se reconheça a prática de ato criminoso. O simples fato de prometer a carteira de habilitação em troca de voto já caracterizaria a captação vedada. (fls. 444/445 - vol. 02) (destaquei)*

Ademais, o reconhecimento da inexistência de conexão entre as ações que tramitaram na Justiça Comum e Eleitoral foi mantido pela Quinta Turma do STJ no julgamento do REsp n. 1.290.279/AP, relator Ministro Gurgel de Faria, DJe de 9/10/2015, respeitando-se o decidido no HC n. 159.369/AP. Confira-se:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. *Inserção de dados falsos em sistema de informações e tráfico de influência. Incompetência da Justiça Estadual. Matéria apreciada pelo STJ. Habeas corpus. Preliminar afastada. Crimes eleitorais. Prescrição da pretensão punitiva. Análise. Incompetência desta Corte de Justiça. Pedido de absolvição. Incidência da Súmula 7 do STJ.*

1. Presentes os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade, os embargos declaratórios opostos pelos dois últimos recorrentes devem ser recebidos como agravo regimental, em face do nítido intuito infringencial. Agravo interno do primeiro recorrente que não pode ser conhecido, tendo em vista que não figura como parte na presente ação penal.

2. *A Quinta Turma desta Corte, no julgamento do HC n. 159.369/AP, afastou a alegada incompetência da Justiça estadual para processar e julgar o presente feito, visto que as condutas ilícitas imputadas na exordial acusatória dizem respeito a crimes comuns e não guardam dependência com delitos eleitorais, porquanto decorreram de fatos independentes e com características próprias, a despeito de terem sido descobertos a partir do mesmo auto de prisão em flagrante.*

3. Eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva dos crimes previstos nos arts. 299 e 350 do Código Eleitoral, objeto do Inquérito Policial, devem ser apreciados pela Justiça Eleitoral, não sendo esta Corte de Justiça competente para analisar a questão.

4. Tratando-se de elemento constitutivo do tipo previsto no art. 313-A do Código Penal, a condição de funcionário público se comunica a todos os envolvidos na consecução do crime, ainda que não possuam a referida qualidade (*ex vi* do art. 30 do CP), razão pela qual não há como acolher o pedido de absolvição quanto ao crime de inserção de dados falsos em sistema de informações, tampouco a pretensão de decote da agravante genérica do art. 61, II, "g", do Código Penal.

5. A reforma do acórdão recorrido, notadamente no que se refere à materialidade e à autoria dos crimes imputados aos agravantes, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável no âmbito do recurso especial, em razão do óbice previsto na Súmula 7 desta Corte.

6. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Agravo regimental do primeiro recorrente não conhecido e dos demais desprovidos.

(AgRg no REsp n. 1.290.279/AP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe de 9/10/2015.)

Nesse contexto, incabível a concessão da ordem de ofício em dissonância com julgamentos realizados pelo próprio STJ, uma vez que, à luz do art. 650, § 1º, do CPP, a competência para conhecer originalmente do pedido de *habeas corpus* cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição. A propósito, confira-se:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Inexistência de novos argumentos aptos a desconstituir a decisão impugnada. *Mandamus* não conhecido. Reiteração de pedidos. Decisão monocrática amparada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Agravo regimental improvido.

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do presente *habeas corpus* em razão de os pedidos nele formulados terem sido analisados pela Quinta Turma do STJ no julgamento do HC n 376.450/PE.

2. O presente recurso não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado.

3. Embora o HC n 376.450/PE não tenha sido conhecido por ser substitutivo de recurso próprio, o colegiado ponderou ser razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Em outras palavras, embora o colegiado não tenha conhecido do referido *mandamus* porque deveria ter sido interposto, na espécie, recurso ordinário em *habeas corpus*, na prática, por cautela, enfrentou todos os temas alegados pela defesa com vistas a afastar eventual flagrante ilegalidade passível de ser *reconhecida ex officio*. Destarte, o enfrentamento de todas as questões tratadas no HC n 376.450/PE evidenciam que o presente *writ* encontra-se prejudicado por tratar de teses idênticas.

4. Embora o HC n 376.450/PE tenha sido interposto posteriormente ao HC n. 272.077/PE, optou-se pelo julgamento do *mandamus* mais recente pelo colegiado em razão de possuir pedido mais amplo. De toda sorte, frise-se que todas as teses defensivas deduzidas no HC n. 272.077/PE foram analisadas no HC n 376.450/PE pelo colegiado. Diante disso, qualquer insurgência contra o acórdão proferido no HC n 376.450/PE deve ser levada, pela via recursal própria, ao Supremo Tribunal Federal - STF, *sendo defeso à Quinta Turma do STJ reformar o acórdão proferido no HC n 376.450/PE mediante novo julgado no presente writ, o que equivaleria a concessão de habeas corpus contra ato próprio, incabível conforme art. 650, § 1º, do Código de Processo Penal.*

5. Conforme remansosa jurisprudência do STJ, não deve ser conhecido o *writ* que reitera alegações já apreciadas previamente pelo colegiado em outro *mandamus* ou recurso. Precedentes.

6. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg no HC n. 272.077/PE, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 19/10/2018.)

Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Violação sexual mediante fraude. Prisão preventiva e busca e apreensão. (1) Alegações de nulidade. Julgamento das supostas eivas em sede de AREsp. Risco de decisões contraditórias. Cognição. Impossibilidade. (2) Alegação de excesso de prazo. Exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem. *Impossibilidade de concessão de habeas corpus contra ato próprio*. Cognição. Impossibilidade. (3) Segregação cautelar. Motivação. Ocorrência. Recurso, na parte conhecida, não provido.

1. As alegações de nulidade, relativas à indigita violação do contraditório e da ampla defesa, foram tratadas no acórdão da apelação, subsequentemente atacadas por meio de recurso especial e ulterior agravo contra a decisão que a tal irresignação negou seguimento. Desta forma, como esta Corte já teve oportunidade de se debruçar sobre a temática, no seio do recurso cabível, tem-se como inviável o conhecimento da matéria, dado o risco de prolação decisões contraditórias. Malgrado o agravo em recurso especial não tenha sido conhecido, é certo que, fosse o caso, eventual ilegalidade manifesta teria sido corrigida, mesmo que de ofício.

Relativamente ao argumento de que o recorrente se encontraria amargando excesso de prazo na segregação, como o feito, na última quadra, tramitava neste Sodalício, *tem-se como inviável a concessão de habeas corpus contra ato próprio*.

2. A prisão preventiva é medida odiosa, cabível apenas em casos de premente necessidade, em situação em que avulta a proporcionalidade (homogeneidade) e a adequação. Na espécie, fatos novos, posteriores à prolação da sentença foram registrados pelo Ministério Público e levados ao conhecimento do magistrado. Tais acontecimentos, dotados de gravidade concreta, que, aliados às imputações prenes de reprovabilidade acentuada, cristalizaram cenário propício à constrição extrema. O recorrente, na qualidade de profissional da saúde, abusando de tal condição, infligiu às suas pacientes a acre experiência da violação sexual mediante fraude. Após a condenação, com emprego da arma de fogo que portava em razão de sua profissão de médico perito da Polícia Científica, o recorrente, descumprindo anterior medida cautelar pessoal decretada, aproximou-se das testemunhas, causando-lhes temor. A necessidade da prisão preventiva restou devidamente demonstrada, sem falar na informação trazida por uma das testemunhas de que, naquela altura, o recorrente teria afirmado que não teria nada a perder e, portanto, vingar-se-ia daqueles que contribuíram para a sua condenação. Não desponta nulidade na decretação da prisão preventiva, em razão da ausência de abertura de oportunidade para se contrapor aos termos dos aludidos depoimentos, que teriam conferido justa causa para a custódia cautelar. Na espécie, o processo prosseguiu, em segundo grau, tendo o recorrente a oportunidade de esgrimir todos os argumentos contra a constrição ordenada. Tanto foi possível, que, do teor do aresto da apelação, percebe-se a oposição ao édito prisional.

3. Recurso, na parte conhecida, improvido.

(RHC n. 39.858/TO, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 4/11/2014.)

Diante do exposto, não se identifica flagrante ilegalidade no acórdão proferido pelo TJAP no julgamento da Revisão Criminal n. 0001329-62.2018.8.03.0000, razão pela qual voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Acompanho o em. Ministro Relator, no sentido da *impossibilidade de se conceder habeas corpus contra ato do próprio Órgão fracionário*. Contudo, ressalvo meu entendimento pessoal, acrescentando as seguintes considerações.

À época em que esta 5ª Turma analisou a matéria pela primeira vez, a sua composição era outra.

Além disso, outro também era o entendimento jurisprudencial dominante.

Note-se que, em 2011, quando o primeiro exame do feito ocorreu, nesta Corte, no HC 159.369/AP, cujo acórdão teve a lavra do em. Min. Adilson Vieira Macabu - Desembargador Convocado do TJRJ -, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia proferido sua emblemática decisão sobre a questão.

Apenas em 2018 e 2019, a Suprema Corte pacificou o entendimento de que compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos. Confira-se:

Ementa: Direito Processual Penal. Quarto agravo regimental. Falsidade ideológica eleitoral. Corrupção ativa e passiva. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Competência do Supremo Tribunal Federal para determinados fatos. Declínio de competência quanto a outros. Competência da Justiça Eleitoral, por conexão, quanto a crimes de competência da Justiça Federal ou impossibilidade de reconhecimento da competência eleitoral, considerada a competência federal que ostenta natureza constitucional e absoluta. Afetação ao pleno.

1. Na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, desde a solução da Questão de Ordem na AP 937, devem permanecer sob jurisdição do Tribunal os fatos supostamente praticados em 2014 pelo detentor de foro, uma vez que no exercício do cargo e em razão dele.

2. Quanto aos demais fatos, praticados em 2010 e 2012, não subsiste competência do Supremo Tribunal Federal para investigá-los, na medida em que praticados fora do exercício do cargo.

3. Quanto ao declínio de competência em relação aos fatos supostamente praticados em 2012 – crimes comuns de competência da Justiça Federal conexos a crimes eleitorais –, argui-se a necessidade de cisão da competência na origem para que se remetam à Justiça Eleitoral somente os crimes eleitorais, nada obstante a previsão legal (art. 35, II, do Código Eleitoral) de competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos, considerada a competência constitucional absoluta da Justiça Federal. Entender de modo diverso seria autorizar que a lei modificasse a competência constitucionalmente estabelecida no art. 109 da CF.

4. Nesse ponto, sustenta-se também um argumento pragmático, para além do fundamento técnico: a extrema complexidade que ostenta boa parte dos crimes de competência da Justiça Federal dificulta, quando não verdadeiramente impede, a efetiva persecução penal ser realizada pela Justiça Eleitoral que não é aparelhada para esse fim, não contando com estrutura adequada, ou com profissionais especializados nesse tipo de persecução penal.

5. Considerado que a Segunda Turma, após o julgamento da Pet 6.820, tem, sempre por maioria, reiteradamente decidido no sentido de que cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes comuns federais conexos a crimes eleitorais, considero importante que Plenário estabeleça, após ampla discussão, uma orientação segura para a matéria.

6. Tema afetado ao Plenário para definir o alcance da competência criminal eleitoral.

(Inq 4.435 AgR-quarto-QO, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 20/11/2018, Acórdão Eletrônico DJe-167 divulg 31-07-2019 public 01-08-2019)

Competência. Justiça Eleitoral. Crimes conexos. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

(Inq 4.435 AgR-quarto, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, Acórdão Eletrônico DJe-182 divulg 20-08-2019 public 21-08-2019)

Nestes termos, entendo ser muito provável que o STF reforme nossa decisão.

Ante o exposto, acompanho o em. Ministro Relator, acrescentando, porém, os adendos expostos.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 779.289-DF (2022/0335886-0)

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Impetrante: Andre Luiz Hespanhol Tavares
Advogado: Andre Luiz Hespanhol Tavares - RJ109359
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Paciente: R M M
Advogado: Aguinaldo Coelho Espíndola - DF050423

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus* preventivo. 1. Utilização do *mandamus* como substituto recursal. Não cabimento. Aferição de eventual flagrante ilegalidade. 2. Pedido de expedição de salvo-conduto. Plantio de maconha para fins medicinais. Necessidade de exame na seara administrativa. Possibilidade de obtenção do medicamento na seara cível. Auto-contenção judicial na seara penal. 3. **Superação de entendimento**. Ausência de regulamentação administrativa. Controvérsia a respeito do órgão competente. Esfera cível. Solução mais onerosa e burocrática. Necessidade de se privilegiar o acesso à saúde. 4. Direito constitucional à saúde (art. 196 da CF). Repressão ao tráfico (art. 5º, XLIII, da CF). Necessidade de compatibilização. Lei 11.343/2006 que proíbe apenas o uso indevido e não autorizado. Art. 2º, p. único, da Lei de Drogas. Possibilidade de a União autorizar o plantio. Tipos penais que trazem elementos normativos. 5. Dignidade da pessoa humana. Prevalência dos direitos fundamentais. Direito à saúde. Benefícios da terapia canábica. Uso medicinal autorizado pela Anvisa. 6. Ausência de violação ao bem jurídico tutelado. Saúde pública não prejudicada pelo uso medicinal da maconha. Ausência de tipicidade material e conglobante. *Impossibilidade de se criminalizar quem busca acesso ao direito fundamental à saúde*. 7. Importação de sementes. Ausência do princípio ativo. Atipicidade na Lei de Drogas. Possibilidade de tipificar o crime de contrabando. Ausência de tipicidade material. Princípio da insignificância. Salvo-conduto que deve abarcar também referida conduta. 8. *Habeas corpus*

não conhecido. Ordem concedida de ofício. Parecer ministerial pela concessão do *writ*. Precedentes.

1. Diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do *writ* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 123.402/RS, concluí que a autorização para plantio de maconha com fins medicinais depende de critérios técnicos cujo estudo refoge à competência do juízo criminal, que não pode se imiscuir em temas cuja análise incumbe aos órgãos de vigilância sanitária.

- De igual sorte, considerando que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autoriza a importação de fármacos à base de Cannabis Sativa, considere que o direito à saúde estaria preservado, principalmente em razão da existência de precedentes desta Corte Superior, favoráveis ao custeio de medicamentos à base de canabidiol pelo plano de saúde (REsp n. 1.923.107/SP), bem como do Supremo Tribunal Federal (RE 1.165.959/SP), que, em repercussão geral, fixou a tese de que “cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada”.

- Dessa forma, vinha determinando que o pedido fosse analisado administrativamente, com possibilidade de, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, porém à jurisdição cível competente, privilegiando a auto-contenção judicial na seara penal.

3. Contudo, ao me deparar novamente com a matéria na presente oportunidade, passados quase dois anos do julgamento do recurso acima indicado, verifico que o cenário não se alterou administrativamente. De fato, a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a Anvisa considera que a competência para regular o cultivo de

plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da Anvisa.

- Ademais, apesar de a matéria também poder ser resolvida na seara cível, conforme anteriormente mencionado, observo que a solução se revela mais onerosa e burocrática, com riscos, inclusive, à continuidade do tratamento. Dessa forma, é inevitável *evoluir na análise do tema na seara penal*, com o objetivo de superar eventuais óbices indicados por mim, anteriormente, *privilegiando-se, dessa forma, o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto*.

4. A matéria trazida no presente *mandamus* diz respeito ao *direito fundamental à saúde*, constante do art. 196 da Carta Magna, que, na hipótese, toca o *direito penal*, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina a repressão ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, determinando que essas condutas sejam tipificadas como crime inafiançável e insuscetível de graça e de anistia.

- Diante da determinação constitucional, foi editada mais recentemente a Lei 11.343/2006. Pela simples leitura da epígrafe da referida lei, constata-se que, *a contrario sensu*, ela não proíbe o uso devido e a produção autorizada. Dessa forma, consta do art. 2º, parágrafo único, que *“pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas”*.

- Nesse contexto, os dispositivos de Lei de Drogas que tipificam os crimes, trazem um elemento normativo do tipo redigido nos seguintes termos: “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Portanto, havendo autorização ou determinação legal ou regulamentar, não há se falar em crime, porquanto não estaria preenchido o elemento normativo do tipo. No entanto, conforme destacado, até o presente momento, não há qualquer regulamentação da matéria, o que tem ensejado inúmeros pedidos perante Poder Judiciário.

5. Como é de conhecimento, um dos pilares da dignidade da pessoa humana é a prevalência dos direitos fundamentais, dentre

os quais se inclui o direito à saúde, garantido, de acordo com a Constituição Federal, mediante ações que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

- Contudo, diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população e já reconhece os benefícios medicinais da Cannabis Sativa, condicione o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União.

- Desde 2015 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de Cannabis Sativa, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos. De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente.

6. Trazendo o exame da matéria mais especificamente para o direito penal, tem-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da Cannabis Sativa. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população.

- Dessa forma, apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente – por ausência de elemento normativo do tipo –, tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, *evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde.*

7. Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à Cannabis Sativa. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância.

- Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) *é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna”* (HC n. 94.163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement Vol-02379-04 pp-00851).

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício*, para expedir salvo-conduto em benefício do paciente, para que as autoridades responsáveis pelo combate ao tráfico de drogas, inclusive da forma transnacional, abstenham-se de promover qualquer medida

de restrição de liberdade, bem como de apreensão e/ou destruição dos materiais destinados ao tratamento da saúde do paciente, dentro dos limites da prescrição médica, incluindo a possibilidade de transporte das plantas, partes ou preparados dela, em embalagens lacradas, ao Laboratório de Toxicologia da Universidade de Brasília, ou a qualquer outra instituição dedicada à pesquisa, para análise do material. Parecer ministerial pela concessão da ordem. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 28.11.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de R. M. M. apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Consta dos autos que o paciente impetrou *habeas corpus* preventivo perante o Juízo de origem, com o objetivo de afastar “qualquer interpretação ou atuação das autoridades apontadas como coatores tendentes a privar-lhe a liberdade pelo cultivo [de maconha] que realiza para fins estritamente medicinais”, “cuja intenção é tão somente gozar do direito fundamental a vida digna, lançando mão do tratamento mais eficaz para a grave condição de saúde que o acomete”.

A liminar foi deferida em 1º grau de jurisdição, “para que as autoridades responsáveis pela repressão e investigação das condutas penais ligadas ao tráfico de drogas, inclusive da forma transnacional, abstenham-se de promover

quaisquer atos que atentem contra a liberdade física, bem como de apreensão e/ou destruição dos materiais e insumos destinados ao tratamento da saúde do paciente, tendo originado da Cannabis como um dos elementos ou o principal, dentro dos limites da prescrição médica” (e-STJ fls. 303/307).

Contudo, no mérito, a ordem foi denegada (e-STJ fls. 338/340), razão pela qual foi interposto recurso em sentido estrito perante a Corte Regional, ao qual, entretanto, se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 445):

Constitucional. Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* preventivo. Salvo-conduto. Importação de sementes de Cannabis Sativa. Cultivo da planta. Fins medicinais. Tratamento terapêutico. Matéria cível. Ordem denegada. Recurso desprovido.

I - A Lei n. 11.343/2006 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro, entre outras finalidades, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e prescreveu medidas para a prevenção do uso indevido de entorpecentes, excetuando-se de suas proibições o plantio, cultura e colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas destinadas a finalidade medicinais ou científicas, mediante autorização e fiscalização estatal, conforme dispõe os arts. 2º, parágrafo único, e 31, da Norma Legal.

II - A importação de sementes de Cannabis e seu cultivo requerem autorização do órgão administrativo competente, cabendo a quem pretenda fazer a importação e cultivo requerer, pelos meios adequados, a permissão. Caso ocorra a negativa do órgão administrativo competente, abrir-se-ia a possibilidade de o Poder Judiciário, uma vez provocado, decidir sobre eventual direito à pretendida importação e cultivo, porém, nessa hipótese, a questão seria resolvida na esfera cível e não na esfera criminal.

III - A importação e cultivo de sementes de Cannabis Sativa, não é direito protegido pela via do *habeas corpus*, instrumento processual que se destina, de forma estrita, à proteção da liberdade de ir e vir.

IV - Ordem denegada. Recurso desprovido.

No presente *mandamus*, o impetrante aduz, em um primeiro momento, que há ilícita omissão por parte da União, que até o presente momento não regulamentou o cultivo de Cannabis para fins medicinais, “ao fundamento de que a Anvisa não seria competente para dispor sobre o cultivo de plantas sujeitas a controle especial e sim o Ministério da Saúde” e “O Ministério da Saúde, por outro lado, entende que o órgão competente é a Anvisa”.

No mais, afirma que “não se pretende aqui qualquer autorização ou licença de ordem administrativa, tampouco qualquer tipo de mercancia ou entrega

mesmo que graciosa das plantas de Cannabis. Necessita-se tão-somente que as condutas de importação de sementes, cultivo, guarda e transporte de plantas e seus derivados, tudo com finalidade medicinal, na residência do paciente, não sejam fundamento para atuação das autoridades coatoras em face da liberdade de locomoção do paciente, isto é, que se afaste eventual repercussão penal das condutas realizadas”.

Conclui, assim, que “não está presente o elemento normativo do tipo consistente na expressão ‘em desacordo com determinação legal ou regulamentar’”, porquanto “se a única hipótese de cultivo legal de Cannabis é para finalidade medicinal e científica e inexistente a regulamentação para tanto, sendo o cultivo comprovadamente realizado para fins medicinais não há falar em conduta ‘em desacordo com a determinação regulamentar’, isso pelo simples fato de o Estado não ter se desincumbido do seu dever-poder de regulamentar o parágrafo único do art. 2º da Lei de Drogas”.

Assevera, por fim, que, além da ausência do elemento normativo, também não está presente o elemento subjetivo do tipo, não se verificando a tipicidade formal nem a tipicidade material, dada a ausência de lesividade. De igual sorte, aduz não estar presente a antijuridicidade – por se tratar de exercício regular de direito bem como de estado de necessidade – nem a culpabilidade, haja vista a inexigibilidade de conduta diversa.

Pugna, inclusive liminarmente, pela expedição de salvo-conduto para que o paciente possa “importar sementes, cultivar plantas de Cannabis e realizarem todas as condutas necessárias ao tratamento de saúde a que se submete, vedando-se igualmente a apreensão de plantas e equipamentos utilizados – caso o juízo entenda pela limitação do cultivo para que haja presunção de atipicidade da conduta, indica-se a necessidade de importação e cultivo de 216 plantas por ano, consoante parecer em ID 209746517 dos Autos n. 1050397-65.2020.4.01.3400”. Pede, ainda, a “possibilidade de envio das plantas, partes ou preparados dela ao Laboratório de Toxicologia da Universidade de Brasília, ou a qualquer outra instituição dedicada à pesquisa, para análise do material”.

O pedido de segredo de justiça foi deferido à e-STJ fl. 476.

O Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 482/495, pela concessão de ordem de ofício, nos seguintes termos:

Habeas corpus. Substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Writ preventivo. Salvo-conduto. Importação e cultivo de Cannabis Sativa para fins

exclusivamente terapêuticos. Prescrição médica. Autorização da Anvisa para importação de medicamento à base de Cannabis. Princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade. Ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado. Direito à saúde e à qualidade de vida. Precedentes da Sexta Turma desse STJ. Parecer pela extinção do feito sem resolução de mérito, mas com a concessão da ordem, de ofício, nos termos vindicados.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do *writ* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, tem se admitido o exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, o impetrante pugna, em síntese, pela expedição de salvo-conduto, para que o paciente possa *importar sementes* de Cannabis Sativa L. e realizar o seu *plantio* com o objetivo de uso para *fins medicinais*. Fundamenta seu pleito no *direito à saúde* e na existência de *omissão da União* com relação à necessidade de se regulamentar o uso da maconha para fins medicinais.

Rememoro, primeiramente, que já tive a oportunidade de me manifestar anteriormente sobre a matéria, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 123.402/RS, no qual concluí que a autorização para plantio de maconha com fins medicinais depende de critérios técnicos cujo estudo refoge à competência do juízo criminal, que não pode se imiscuir em temas cuja análise incumbe aos órgãos de vigilância sanitária.

De igual sorte, considerando que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autoriza a importação de fármacos à base de Cannabis Sativa,

considerarei que o direito à saúde estaria preservado, principalmente em razão da existência de precedentes desta Corte Superior, favoráveis ao custeio de medicamentos à base de canabidiol pelo plano de saúde (REsp n. 1.923.107/SP), bem como do Supremo Tribunal Federal (RE 1.165.959/SP), que, em repercussão geral, fixou a seguinte tese:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Dessa forma, vinha determinando que o pedido fosse analisado administrativamente, com possibilidade de, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, porém à jurisdição cível competente, privilegiando a autocontenção judicial na seara penal.

A propósito, transcrevo a ementa do mencionado julgado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de salvo-conduto para plantio, cultivo, uso e posse de Cannabis Sativa L. para tratamento individual. Indicação médica para o uso da substância. Autorização para importação do produto por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Hipossuficiência financeira. Importação de sementes autorizada pela Corte *a quo*. Autorização para o cultivo e extração de óleo medicinal. Análise técnica a cargo da agência de vigilância sanitária. Recurso não provido. Recomendação para que a Anvisa analise a possibilidade de autorização do cultivo e manejo para fins medicinais.

1. A recorrente busca salvo-conduto para viabilizar o plantio de maconha para fins medicinais, após ter obtido, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, permissão para importar pequenas quantidades de semente de Cannabis Sativa L.

2. Os Tribunais Superiores já possuem jurisprudência firmada no sentido de considerar que a conduta de importar pequenas quantidades de sementes de maconha não se adequa à forma prevista no art. 33 da Lei de Drogas, subsumindo-se, formalmente, ao tipo penal descrito no art. 334-A do Código Penal, mas cuja tipicidade material é afastada pela aplicação do princípio da insignificância.

3. O controle do cultivo e da manipulação da maconha deve ser limitado aos conhecidos efeitos deletérios atribuídos a algumas substâncias contidas na planta, sendo certo que a própria Lei n. 11.343/2006 permite o manejo de vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas para fins medicinais ou científicos, desde que autorizado pela União.

3. No atual estágio do debate acerca da regulamentação dos produtos baseados na Cannabis e de desenvolvimento das pesquisas a respeito da eficácia dos medicamentos obtidos a partir da planta, não parece razoável desautorizar a produção artesanal do óleo à base de maconha apenas sob o pretexto da falta de regulamentação. De mais a mais, a própria agência de vigilância sanitária federal já permite a importação de medicamentos à base de maconha, produzidos industrial ou artesanalmente no exterior, como, aliás, comprovam os documentos juntados a estes autos.

4. Entretanto, a autorização buscada pela recorrente depende de análise de critérios técnicos que não cabem ao juízo criminal, especialmente em sede de *habeas corpus*. Essa incumbência está a cargo da própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária que, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá autorizar ou não o cultivo e colheita de plantas das quais se possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido, recomendando à Agência Nacional de Vigilância Sanitária que analise o caso e decida se é viável autorizar a recorrente a cultivar e ter a posse de plantas de Cannabis Sativa L. para fins medicinais, suprindo a exigência contida no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. (RHC n. 123.402/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021.)

Contudo, ao me deparar novamente com a matéria na presente oportunidade, passados quase dois anos do julgamento do recurso acima indicado, verifico que o cenário não se alterou administrativamente. De fato, a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a Anvisa considera que a competência para regular o cultivo de plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da Anvisa.

Com efeito, a Diretoria Colegiada da Anvisa, ao deliberar acerca da proposta de resolução no processo n. 25351.421833/2017-76, sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta para fins medicinais, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 11.343/2006, arquivou o procedimento, ao fundamento de que a Anvisa não seria competente, mas sim o Ministério da Saúde. No entanto, o Ministério da Saúde entende que o órgão competente é a Anvisa, conforme despacho no processo de acesso à informação 25072.036167/2021-29.

No ponto, esclareço que o art. 14, inciso I, do Decreto n. 5.912/2006, que regulamenta a Lei de Drogas, disciplina que, de fato, a competência é do Ministério da Saúde. No entanto, tem sido a Anvisa, dentro do Ministério

da Saúde, que tem regulamentado as questões relacionadas ao uso medicinal da Cannabis. De toda sorte, enquanto referido imbróglgio não for resolvido, permanece a ausência de regulamentação em prejuízo da saúde daqueles que dependem da terapia canábica.

Ademais, apesar de a matéria também poder ser resolvida na seara cível, conforme anteriormente mencionado, observo que a solução se revela mais onerosa e burocrática, com riscos, inclusive, à continuidade do tratamento. Dessa forma, é inevitável *evoluir na análise do tema na seara penal*, com o objetivo de superar eventuais óbices indicados por mim, anteriormente, *privilegiando-se, dessa forma, o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto*.

De fato, a matéria trazida no presente mandamus diz respeito ao *direito fundamental à saúde*, constante do art. 196 da Carta Magna, que, na hipótese, toca o *direito penal*, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina a repressão ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, determinando que essas condutas sejam tipificadas como crime inafiançável e insuscetível de graça e de anistia.

Diante da determinação constitucional, foi editada mais recentemente a Lei 11.343/2006, que “institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do *uso indevido*, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção *não autorizada* e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências”.

Pela simples leitura da epígrafe da referida lei, acima transcrita, constata-se que, *a contrario sensu*, ela não proíbe o uso devido e a produção autorizada. Dessa forma, consta do art. 2º, parágrafo único, que “*pode a União autorizar o plantio*, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput* deste artigo, exclusivamente para *fins medicinais* ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas”.

Nesse contexto, os dispositivos de Lei de Drogas que tipificam os crimes, trazem um elemento normativo do tipo redigido nos seguintes termos: “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Portanto, havendo autorização ou determinação legal ou regulamentar, não há se falar em crime, porquanto não estaria preenchido o elemento normativo do tipo. No entanto, conforme destacado, até o presente momento, não há qualquer

regulamentação da matéria, o que tem ensejado inúmeros pedidos perante Poder Judiciário.

Como é de conhecimento, um dos pilares da dignidade da pessoa humana é a prevalência dos direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito à saúde, garantido, de acordo com a Constituição Federal, mediante ações que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição atribuiu ao Poder Público a adoção de políticas públicas voltadas à promoção da saúde e redução de agravos provocados por doenças. Há diversas formas de efetivação dessas políticas públicas, que vão desde as campanhas nacionais de imunização, passando pelo fornecimento de medicamentos e pelo custeio de tratamentos médicos.

Ademais, conforme destacado pelo Magistrado que deferiu a liminar na origem, “hodiernamente, há de se verificar que o conceito sobre saúde deve também abranger o completo bem-estar físico, mental e social do homem, não somente como uma perspectiva de ausência de doença” (e-STJ fl. 305).

Há, portanto, relevante preocupação do Estado com a saúde da população, competindo-lhe prestar serviços de promoção, proteção e recuperação. Contudo, diante da omissão estatal, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população e já reconhece os benefícios medicinais da Cannabis Sativa, condicione o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União.

É de conhecimento que existem inúmeros estudos científicos que comprovam a eficácia da denominada terapia canábica no tratamento de doenças, em especial para o controle de convulsões em pacientes portadores de epilepsia refratária e outros distúrbios de natureza neurológica assemelhados. Com efeito, desde 2015 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de Cannabis Sativa, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos.

De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente.

Trazendo o exame da matéria mais especificamente para o direito penal, tem-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da Cannabis Sativa. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população.

Conforme destacado pelo Ministério Público Federal:

(...). objetividade jurídica do crime de tráfico de drogas é a saúde pública. Logo, não se verifica nas condutas do paciente nenhuma lesão (ou ameaça) ao bem juridicamente tutelado, com base nos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade. Pelo contrário, o não uso da substância colocaria a própria saúde daquele em risco, de modo que a ação pretendida seria, na realidade, atípica.

Dessa forma, apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente – por ausência de elemento normativo do tipo –, tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, *evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde.*

Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à Cannabis Sativa. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância.

Nesse sentido:

Embargos de divergência em recurso especial. Importação de 16 sementes de maconha (Cannabis Sativum). Denúncia por tráfico internacional de drogas. Rejeição. Recurso em sentido estrito. Reclassificação para contrabando, com aplicação do princípio da insignificância. Afastamento. Recurso especial provido. Pretendido trancamento da ação por atipicidade. Acatamento do entendimento do STF. Embargos de divergência acolhidos.

1. O conceito de “droga”, para fins penais, é aquele estabelecido no art. 1º, parágrafo único, c.c. o art. 66, ambos da Lei n. 11.343/2006, norma penal em

branco complementada pela Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998. Compulsando a lista do referido ato administrativo, do que se pode denominar “droga”, vê-se que dela não consta referência a sementes da planta *Cannabis Sativum*.

2. O Tetrahydrocannabinol - THC é a substância psicoativa encontrada na planta *Cannabis Sativum*, mas ausente na semente, razão pela qual esta não pode ser considerada “droga”, para fins penais, o que afasta a subsunção do caso a qualquer uma das hipóteses do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

3. Dos incisos I e II do § 1º do art. 33 da mesma Lei, infere-se que “matéria-prima” ou “insumo” é a substância utilizada “para a preparação de drogas”. A semente não se presta a tal finalidade, porque não possui o princípio ativo (THC), tampouco serve de reagente para a produção de droga.

4. No mais, a Lei de regência prevê como conduta delituosa o semeio, o cultivo ou a colheita da planta proibida (art. 33, § 1º, inciso II; e art. 28, § 1º). Embora a semente seja um pressuposto necessário para a primeira ação, e a planta para as demais, a importação (ou qualquer dos demais núcleos verbais) da semente não está descrita como conduta típica na Lei de Drogas.

5. A conduta de importar pequena quantidade de sementes de maconha é atípica, consoante precedentes do STF: HC 144.161, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, *Segunda Turma*, julgado em 11/09/2018, Processo Eletrônico DJe-268 divulg 13-12-2018 public 14-12-2018; HC 142.987, Relator Min. *Gilmar Mendes*, *Segunda Turma*, julgado em 11/09/2018, Processo Eletrônico DJe-256 divulg 29-11-2018 public 30-11-2018; no mesmo sentido, a decisão monocrática nos autos do HC 143.798/SP, Relator Min. *Roberto Barroso*, publicada no DJe de 03/02/2020, concedendo a ordem “para determinar o trancamento da ação penal, em razão da ausência de justa causa”. Na mesma ocasião, indicou Sua Excelência, “ainda nesse sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC 173.346, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 148.503, Min. Celso de Mello; HC 143.890, Rel. Min. Celso de Mello; HC 140.478, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 149.575, Min. Edson Fachin; HC 163.730, Rel. Min. Cármen Lúcia.”

6. Embargos de divergência acolhidos, para determinar o trancamento da ação penal em tela, em razão da atipicidade da conduta. (EREsp n. 1.624.564/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/10/2020, DJe de 21/10/2020.)

Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde.

Proponho, assim, que a Quinta Turma se alinhe ao entendimento já firmado pela Sexta Turma, no sentido de que, “sendo possível, em tese, que o ora

recorrido tenha sua conduta enquadrada no art. 33, § 1º, da Lei 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível a adequação da via do *habeas corpus* para os fins almejados: *concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de Cannabis Sativa, da qual se pode extrair, para fins medicinais, a substância necessária para a produção artesanal de medicamentos prescritos*". (REsp n. 1.988.528/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 17/10/2022.)

Por oportuno, transcrevo a ementa do Recurso Especial n. 1.972.092/SP, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/6/2022, que bem retrata o tema:

Recurso especial. Cultivo doméstico da planta Cannabis Sativa para fins medicinais. *Habeas corpus* preventivo. Risco permanente de constrangimento ilegal. Salvo-conduto. Possibilidade. Revolvimento de matéria fático-probatória. Desnecessidade. Anvisa. Ausência de regulamentação específica. Atipicidade penal da conduta. Princípio da lesividade. Recurso especial não provido.

1. O art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo "drogas".

2. A definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A Cannabis Sativa integra a "Lista E" da referida portaria, que, em última análise, a descreve como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas.

3. Uma vez que é possível, ao menos em tese, que os pacientes (ora recorridos) tenham suas condutas enquadradas no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível o cabimento de *habeas corpus* para os fins por eles almejados: concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de Cannabis Sativa, da qual se pode extrair a substância necessária para a produção artesanal dos medicamentos prescritos para fins de tratamento de saúde.

4. Também há o risco, pelo menos hipotético, de que as autoridades policiais tentem qualificar a pretendida importação de sementes de Cannabis no tipo penal de contrabando (art. 334-A do CP), circunstância que reforça a possibilidade de que os recorridos se socorram do *habeas corpus* para o fim pretendido, notadamente porque receberam intimação da Polícia Federal para serem ouvidos em autos de inquérito policial. Ações pelo rito ordinário e outros instrumentos de

natureza cível podem até tratar dos desdobramentos administrativos da questão trazida a debate, mas isso não exclui o cabimento do *habeas corpus* para impedir ou cessar eventual constrangimento à liberdade dos interessados.

5. Efetivamente, é adequada a via eleita pelos recorridos *habeas corpus* preventivo haja vista que há risco, ainda que mediato, à liberdade de locomoção deles, tanto que o Juiz de primeiro grau determinou a apuração dos fatos narrados na inicial do *habeas corpus* pela Polícia Federal, o que acabou sendo expressamente revogado pelo Tribunal *a quo*, ao conceder a ordem do *habeas corpus* lá impetrado.

6. A análise da questão trazida a debate pela defesa não demanda dilação probatória, consistente na realização de perícia médica a fim de averiguar se os pacientes realmente necessitam de tratamento médico com canabidiol. A necessidade de dilação probatória circunstância, de fato, vedada na via mandamental foi afastada no caso concreto, tendo em vista que os recorridos apresentaram provas pré-constituídas de suas alegações, provas essas consideradas suficientes para a concessão do *writ* pelo Tribunal de origem, dentre as quais a de que os pacientes estavam autorizados anteriormente pela Anvisa a importar, com objetivo terapêutico, medicamento com base em extrato de canabidiol, para tratamento de enfermidades também comprovadas por laudos médicos, devidamente acostados aos autos.

7. Se para pleitear aos entes públicos o fornecimento e o custeio de medicamento por meio de ação cível, o pedido pode ser amparado em laudo do médico particular que assiste a parte (STJ, EDcl no REsp n. 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª S., DJe 21/9/2018), não há razão para se fazer exigência mais rigorosa na situação dos autos, em que a pretensão da defesa não implica nenhum gasto financeiro ao erário.

8. Há, na hipótese, vasta documentação médica atestando a necessidade de o tratamento médico dos pacientes ser feito com medicamentos à base de canabidiol, inclusive com relato de expressivas melhoras na condição de saúde deles e esclarecimento de que diversas vias tradicionais de tratamento foram tentadas, mas sem sucesso, circunstância que reforça ser desnecessária a realização de dilação probatória com perícia médica oficial.

9. Não há falar que a defesa pretende, mediante o *habeas corpus*, tolher o poder de polícia das autoridades administrativas. Primeiro, porque a própria Anvisa, por meio de seu diretor, afirmou que a regulação e a autorização do cultivo doméstico de plantas, quaisquer que sejam elas, não fazem parte do seu escopo de atuação. Segundo, porque não se objetiva nesta demanda obstar a atuação das autoridades administrativas, tampouco substituí-las em seu mister, mas, apenas, evitar que os pacientes/recorridos sejam alvo de atos de investigação criminal pelos órgãos de persecução penal.

10. Embora a legislação brasileira possibilite, há mais de 40 anos, a permissão, pelas autoridades competentes, de plantio, cultura e colheita de Cannabis

exclusivamente para fins medicinais ou científicos (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006; art. 2º, § 2º, da Lei n. 6.368/1976), fato é que até hoje a matéria não tem regulamentação ou norma específica, o que bem evidencia o descaso, ou mesmo o desprezo quiçá por razões morais ou políticas com a situação de uma número incalculável de pessoas que poderiam se beneficiar com tal regulamentação.

11. Em 2019, a Diretoria Colegiada da Anvisa, ao julgar o Processo n. 25351.421833/2017-76 que teve como objetivo dispor sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta Cannabis exclusivamente para fins medicinais ou científicos, decidiu pelo arquivamento da proposta de resolução. Ficou claro, portanto, que o posicionamento da Diretoria Colegiada da Anvisa, à época, era o de que a autorização para cultivo de plantas que possam originar substâncias sujeitas a controle especial, entre elas a Cannabis Sativa, é da competência do Ministério da Saúde, e que, para atuação da Anvisa, deveria haver uma delegação ou qualquer outra tratativa oficial, de modo a atribuir a essa agência reguladora a responsabilidade e a autonomia para definir, sozinha, o modelo regulatório, a autorização, a fiscalização e o controle dessa atividade de cultivo.

12. O Ministério da Saúde, por sua vez, a quem a Anvisa afirmou competir regular o cultivo doméstico de Cannabis, indicou que não pretende fazê-lo, conforme se extrai de Nota Técnica n. 1/2019-DATDOF/CGGM/GM/MS, datada de 19/8/2019, em resposta à Consulta Dirigida sobre as propostas de regulamentação do uso medicinal e científico da planta Cannabis, assinada pelo ministro responsável pela pasta. O quadro, portanto, é de intencional omissão do Poder Público em regulamentar a matéria.

13. Havendo prescrição médica para o uso do canabidiol, a ausência de segurança, de qualidade, de eficácia ou de equivalência técnica e terapêutica da substância preparada de forma artesanal como se objeta em desfavor da pretendida concessão do *writ* torna-se um risco assumido pelos próprios pacientes, dentro da autonomia de cada um deles para escolher o tratamento de saúde que lhes corresponda às expectativas de uma vida melhor e mais digna, o que afasta, portanto, a abordagem criminal da questão. São nesse sentido, aliás, as disposições contidas no art. 17 da RDC n. 335/2020 e no art. 18 da RDC n. 660/2022 da Anvisa, ambas responsáveis por definir “os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde”.

14. Em 2017, com o advento da Resolução n. 156 da Diretoria Colegiada da Anvisa, a Cannabis Sativa foi incluída na Lista de Denominações Comuns Brasileiras DCB como planta medicinal, marco importante em território nacional quanto ao reconhecimento da sua comprovada capacidade terapêutica. Em dezembro de 2020, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes UNODC

acolheu recomendações feitas pela Organização Mundial de Saúde sobre a reclassificação da Cannabis e decidiu pela retirada da planta e da sua resina do Anexo IV da Convenção Única de 1961 sobre Drogas Narcóticas, que lista as drogas consideradas como as mais perigosas, e a inseriu na Lista 1, que inclui outros entorpecentes como a morfina para a qual a OMS também recomenda controle, mas admite que a substância tem menor potencial danoso.

15. Tanto o tipo penal do art. 28 quanto o do art. 33 se preocupam com a tutela da saúde, mas enquanto o § 1º do art. 28 trata do plantio para consumo pessoal (“Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”), o § 1º, II, do art. 33 trata do plantio destinado à produção de drogas para entrega a terceiros.

16. A conduta para a qual os recorridos pleitearam e obtiveram salvo-conduto no Tribunal de origem não é penalmente típica, seja por não estar imbuída do necessário dolo de preparar substâncias entorpecentes com as plantas cultivadas (nem para consumo pessoal nem para entrega a terceiros), seja por não vulnerar, sequer de forma potencial, o bem jurídico tutelado pelas normas incriminadoras da Lei de Drogas (saúde pública).

17. O que pretendem os recorridos com o plantio da Cannabis não é a extração de droga (maconha) com o fim de entorpecimento potencialmente causador de dependência próprio ou alheio, mas, tão somente, a extração das substâncias com reconhecidas propriedades medicinais contidas na planta. Não há, portanto, vontade livre e consciente de praticar o fim previsto na norma penal, qual seja, a extração de droga, para entorpecimento pessoal ou de terceiros.

18. Outrossim, a hipótese dos autos também não se reveste de tipicidade penal aqui em sua concepção material, porque a conduta dos recorridos, ao invés de atentar contra o bem jurídico saúde pública, na verdade intenciona promovê-lo e tem aptidão concreta para isso a partir da extração de produtos medicamentosos; isto é, a ação praticada não representa nenhuma lesividade, nem mesmo potencial (perigo abstrato), ao bem jurídico pretensamente tutelado pelas normas penais contidas na Lei n. 11.343/2006.

19. Se o Direito Penal é um mal necessário não apenas instrumento de prevenção dos delitos, mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito, sua intervenção somente se legitima “nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social mediante a prevenção de fatos lesivos” (SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, p. 247, tradução livre).

20. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela própria Constituição Federal à generalidade das pessoas (Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença

e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”).

21. No caso, uma vez que o uso pleiteado do óleo da Cannabis Sativa, mediante fabrico artesanal, se dará para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, chancelado pela Anvisa na oportunidade em que autorizou os pacientes a importarem o medicamento feito à base de canabidiol a revelar que reconheceu a necessidade que têm no seu uso, não há dúvidas de que deve ser obstada a iminente repressão criminal sobre a conduta praticada pelos pacientes/recorridos.

22. Se o Direito Penal, por meio da “guerra às drogas”, não mostrou, ao longo de décadas, quase nenhuma aptidão para resolver o problema relacionado ao uso abusivo de substâncias entorpecentes e, com isso, cumprir a finalidade de tutela da saúde pública a que em tese se presta, pelo menos que ele não atue como empecilho para a prática de condutas efetivamente capazes de promover esse bem jurídico fundamental à garantia de uma vida humana digna, como pretendem os recorridos com o plantio da Cannabis Sativa para fins exclusivamente medicinais.

23. Recurso especial do Ministério Público não provido, confirmando-se o salvo-conduto já expedido em favor dos ora recorridos. (REsp n. 1.972.092/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 30/6/2022.)

No mesmo diapasão:

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de salvo-conduto. Plantio de maconha para fins medicinais. Possibilidade. Autorização para importação do medicamento concedida pela Anvisa e prescrição médica relatando a necessidade do uso. Agravo provido.

1. Hipótese em que o Agravante busca a permissão para importar sementes, transportar e plantar Cannabis para fins medicinais, sob a afirmação de ser indispensável para o controle de sua enfermidade.

2. Considerando que o art. 2º, parágrafo único, da Lei 11.343/06, expressamente autoriza o plantio, a cultura e a colheita de vegetais dos quais possam ser extraídas substâncias psicotrópicas, exclusivamente para fins medicinais, bem como que a omissão estatal em regulamentar tal cultivo tem deixado pacientes sob o risco de rigorosa reprimenda penal, não há como deixar de reconhecer a adequação procedimental do salvo-conduto.

3. À luz dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, não cabe ao Direito Penal reprimir condutas sem a rigorosa adequação típico-normativa, o que não há em tais casos, já que o cultivo em questão não se destina à produção de substância entorpecente. Notadamente, o afastamento da intervenção penal

configura meramente o reconhecimento de que a extração do óleo da Cannabis Sativa, mediante cultivo artesanal e lastreado em prescrição médica, não atenta contra o bem jurídico saúde pública, o que não conflita, de forma alguma, com a possibilidade de fiscalização ou de regulamentação administrativa pelas autoridades sanitárias competentes.

4. Comprovado nos autos que o Impetrante obteve autorização da Anvisa para importação do medicamento canábico (fl. 99), e juntada documentação médica que demonstra a necessidade do uso do óleo extraído da Cannabis para o tratamento do quadro depressivo do Recorrente, há de ser concedida a medida pretendida.

5. Agravo regimental provido para restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu o salvo conduto ao ora Agravante.

(AgRg no RHC n. 153.768/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.)

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) *é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna”* (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement Vol-02379-04 pp-00851).

Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora DPlácido, 2019. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Feitas essas considerações, passo ao exame do caso concreto.

Na hipótese, o impetrante juntou aos autos relatórios médicos de psicólogos e de psiquiatras, nos quais consta que o paciente “apresenta quadro de Transtorno do Humor há cerca de 08 anos, com episódios depressivos graves

e crises de pânico, sem resposta satisfatória do tratamento medicamentoso” (e-STJ fl. 102), recomendando-se “manutenção do tratamento com extrato oleoso de Cannabis Sativa com quimiotipos predominantes em Canabidiol por via sublingual, 03 vezes/dia, utilizando a via inalatória por vaporização, se necessário, caso haja episódios de pânico ou piora da insônia”. Consta igualmente dos autos autorização da Anvisa para a importação dos produtos necessários ao tratamento do paciente (e-STJ fls. 106/107).

Dessa forma, tem-se comprovada a necessidade do tratamento do paciente por meio de canabidiol, bem como evidenciado o risco de vir a sofrer constrangimento ilegal, devendo, portanto, ser expedido salvo-conduto, para que possa importar sementes e cultivá-las, exclusivamente para fins medicinais, respeitadas as devidas prescrições médicas e o uso estritamente pessoal e intransferível, sendo proibida a sua entrega a terceiros, doação, venda ou qualquer utilização diferente da indicada.

Pelo exposto, não conheço do mandamus. Porém, *concedo a ordem de ofício*, para expedir salvo-conduto em benefício do paciente, para que as autoridades responsáveis pelo combate ao tráfico de drogas, inclusive da forma transnacional, abstenham-se de promover qualquer medida de restrição de liberdade, bem como de apreensão e/ou destruição dos materiais destinados ao tratamento da saúde do paciente, dentro dos limites da prescrição médica, incluindo a possibilidade de transporte das plantas, partes ou preparados dela, em embalagens lacradas, ao Laboratório de Toxicologia da Universidade de Brasília, ou a qualquer outra instituição dedicada à pesquisa, para análise do material.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.009.402-GO (2022/0191386-8)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas
Relator para o acórdão: Ministro Joel Ilan Paciornik
Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás
Recorrido: Estado de Goiás
Procurador: Fernando Iunes Machado - GO021735
Interes.: Tanner Borges e Silva

EMENTA

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Natureza jurídica. Tutela provisória cautelar. Caráter eminentemente penal (art. 22, I, II e III, da Lei n. 11.340/06). Restrição da liberdade de ir e vir do suposto agressor. Proteção à vida e à integridade física e psíquica da vítima. Possibilidade de decretação de prisão preventiva ao renitente. Aplicação do diploma processual penal à matéria. Recurso especial conhecido e provido para afastar a determinação de citação para apresentação de contestação e dos efeitos da revelia em caso de omissão.

1. Cinge-se a controvérsia à definição da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. No caso, o magistrado de piso, após decretar a aplicação das medidas de proibição de contato com a ofendida e de proibição de aproximação, determinou a citação do requerido para apresentar contestação no prazo de cinco dias, sob pena de revelia. Irresignado, o Ministério Público manejou correição parcial e, da decisão que a desproveu, interpôs o presente apelo nobre.

2. As medidas protetivas de urgência têm natureza de tutela provisória cautelar, visto que são concedidas em caráter não definitivo, a título precário, e em sede de cognição sumária. Ademais, visam proteger a vida e a incolumidade física e psíquica da vítima, durante o curso do inquérito ou do processo, ante a ameaça de reiteração da prática delitiva pelo suposto agressor.

3. As medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha têm caráter eminentemente penal, porquanto restringem a liberdade de ir e vir do acusado, ao tempo em que tutelam os direitos fundamentais à vida e à integridade física e psíquica da vítima. Em caso de descumprimento das medidas anteriormente impostas, poderá o magistrado, a teor do estabelecido no art. 313, III, do Código de Processo Penal – CPP, decretar a prisão preventiva do suposto agressor, cuja necessidade de manutenção deverá ser periodicamente revista, nos termos do parágrafo único do art. 316 do diploma processual penal.

4. O reconhecimento da natureza cautelar penal traz uma dúlice proteção: de um lado, protege a vítima, pois concede a ela um meio

célere e efetivo de tutela de sua vida e de sua integridade, pleiteada diretamente à autoridade policial, e reforçada pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do suposto autor do delito; de outro lado, protege o acusado, porquanto concede a ele a possibilidade de se defender da medida a qualquer tempo, sem risco de serem a ele aplicados os efeitos da revelia.

5. Portanto, as medidas protetivas de urgência previstas nos três primeiros incisos do art. 22 da Lei Maria da Penha têm natureza penal e a elas deve ser aplicada a disciplina do CPP atinente às cautelares, enquanto as demais medidas protetivas têm natureza cível.

6. Aplicada a cautelar *inaudita altera pars*, para garantia de sua eficácia, o acusado será intimado de sua decretação, facultando-lhe, a qualquer tempo, a apresentação de razões contrárias à manutenção da medida.

7. Recurso especial conhecido e provido para afastar a determinação de citação do requerido para oferecimento de contestação à decretação das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, III, “a” e “b”, da Lei 11.340/06, bem como para afastar os efeitos de revelia em caso de omissão, aplicando-se a disciplina disposta no CPP, ante o reconhecimento da natureza cautelar criminal dessas medidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, que lavrará o acórdão.

Votou vencido o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Votaram com o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Goiás* – MPGO, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás* – TJGO no julgamento da Correição Parcial n. 294738-84.2020.8.09.0000.

Consta dos autos que o juízo de piso, após conceder medidas protetivas de urgência em favor de vítima de violência doméstica, consistentes em proibição de contato com a ofendida e proibição de aproximação, determinou a citação do requerido para tomar ciência da decisão e para apresentar contestação no prazo de cinco dias, sob pena de revelia.

Em face dessa decisão, o MPGO manejou correição parcial, alegando que a inclusão do procedimento citatório no rito das medidas protetivas de urgência, bem como a aplicação dos efeitos da revelia são incompatíveis com a disciplina legal da Lei n. 11.340/06. Defendeu que as medidas protetivas aplicáveis no caso têm natureza eminentemente penal, devendo, pois, ser-lhes aplicado o regramento do Código de Processo Penal – CPP.

A correição parcial restou desprovida, por maioria, pelo TJGO (fl. 101), em acórdão assim ementado:

Ementa: Correição parcial. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Natureza jurídica. Ato citatório. Inversão tumultuária. Inocorrência I. Há grande debate doutrinário e divergência jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Assim, considerando que a Lei Maria da Penha não determina o procedimento das medidas protetivas de urgência e autoriza a aplicação do CPC, o rito das tutelas de urgências, previsto nos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil/2015, na parte em que não conflita com a Lei n. 11.340/2006, não acarreta inversão tumultuária do processo. Correição parcial conhecida e desprovida. Parecer desacolhido. (fl. 102)

Embargos de declaração opostos pelo MPGO foram rejeitados (fl. 136).

Em recurso especial, o MPGO alega contrariedade aos arts. 18, 19, 21 e 22, III, “a” e “b”, da Lei n. 11.340/06, porquanto o acórdão recorrido, ao manter a decisão que determina a citação do requerido para ciência da imposição de medidas protetivas de urgência e para apresentação de contestação no prazo de cinco dias, sob pena de revelia, contraria os ditames previstos na Lei Maria da Penha e a natureza penal das medidas protetivas impostas no caso concreto.

Subsidiariamente, o recorrente alega violação ao art. 619 do CPP, pois o TJGO não supriu as omissões apontadas em embargos de declaração.

Pede o reconhecimento de que o procedimento aplicável às medidas protetivas de urgência previsto na Lei n. 11.340/06 não determina a citação do suposto agressor e tampouco a decretação de sua revelia em caso de inércia. Subsidiariamente, pleiteia a nulidade do acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 201/205). Em sessão pretérita desta Quinta Turma (6/9/22), o em. Relator, Ministro Ribeiro Dantas, negou provimento ao recurso especial, em voto assim ementado (grifos no original):

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência (arts. 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006). Natureza jurídica. Índole cível, satisfativa e inibitória. Uniformização da jurisprudência do STJ. Necessidade de citação para contestar. Recurso especial desprovido.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da necessidade ou não da citação do suposto agressor para contestar o pedido de aplicação de medidas protetivas, da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, bem como da incidência ou não dos efeitos da revelia.

2. Há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.343/2006, de modo que se faz necessária uma definição mais clara, a fim de balizar a atuação dos Tribunais em sua aplicação.

3. As sobreditas medidas têm *natureza jurídica exclusivamente cível*, sendo esta a, no caso, que melhor se amolda aos princípios da eficiência e segurança jurídica. Fora isso, têm *índole satisfativa e inibitória*, tendo em vista não servirem de instrumentalidade a outro processo civil ou criminal, porque não buscam necessariamente a eficácia prática da tutela principal. Logo, devem seguir as regras do CPC/2015, nos termos dos arts. 13 e 22, § 4º, da Lei 11.340/2006.

4. Tal natureza propicia uma ampliação do espectro de proteção da Lei Maria da Penha, em comparativo com às medidas do regime cautelar criminal.

5. Sendo de cunho civil as medidas de proteção direcionadas à mulher em estado de vulnerabilidade, no âmbito doméstico e familiar, deve-se seguir o procedimento definido nos arts. 294 e seguintes do CPC/2015 para as tutelas de urgência, na parte que não conflita com a Lei 11.340/2006.

6. Com efeito, a necessidade de se conferir a indispensável proteção à mulher vítima de violência não pode afastar as garantias processuais do requerido. O processo de conhecimento das medidas protetivas deve prezar pelo devido processo legal, resguardando o contraditório e a ampla defesa, sendo os direitos

fundamentais ao mesmo tempo fundamento e limite para as medidas protetivas de urgência.

7. Ademais, caso após a citação válida não haja a resposta tempestiva por meio da contestação, ocorrerá a revelia com a respectiva presunção da veracidade dos fatos. Tal presunção não afetará eventual processo criminal, nem desnatura as medidas protetivas de cunho civil da Lei Maria da Penha, já que são complementares às medidas cautelares de natureza penal.

8. Recurso especial desprovido.

Pedi vista dos autos para análise mais aprofundada da questão controvertida.

É o sucinto relatório.

Passo ao voto.

Com máximo respeito e deferência ao profícuo voto do insigne Relator, peço vênia para divergir do entendimento esposado acerca da natureza das medidas protetivas de urgência previstas no âmbito da Lei Maria da Penha e das consequências jurídicas então decorrentes.

I - Da Finalidade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06)

A Lei n. 11.340/06 aporta em nosso ordenamento jurídico em resposta às graves violações de direitos sofridas pelas mulheres em situação de violência doméstica, às flagrantes desigualdades de gênero e à proteção ineficaz e incompleta dos instrumentos legais existentes anteriormente à edição deste diploma normativo. Neste enorme espaço de vácuo legislativo, a introdução da lei em questão significou verdadeira revolução em matéria de defesa dos direitos das mulheres, quebrando os paradigmas antes existentes, inserindo novos institutos e instaurando um modelo protetivo inteiramente inédito no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei Maria da Penha busca concretizar o dever constitucional do Estado de coibir a violência no âmbito familiar e doméstico, previsto no § 8º do art. 227 da Carta Magna, bem como atender aos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, com especial destaque à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

O referido diploma legal tem como embrião, conforme é cediço, o grave caso de violência doméstica sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídios praticadas por seu marido. No caso, diante da

morosidade estatal em investigar e punir o agressor, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em resposta à denúncia oferecida pela vítima, condenou o Estado Brasileiro por omissão e negligência no caso, assim como recomendou “a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra a mulher”. Soma-se a esse cenário internacional a forte atuação interna de grupos organizados de mulheres, em movimento conhecido por *advocacy* feminista, que, por meio de consórcio de ONGs e *lobbying*, contribuíram para a criação e aprovação da lei (ÁVILA, Gustavo Noronha; GROKSKREUTZ, Hugo. Direitos da personalidade e Lei Maria da Penha: o dilema das cautelares nos Tribunais de Justiça do Brasil. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 96, Jun-Jul/2020, p. 120).

Nesse cenário, a Lei Maria da Penha veio a estabelecer uma normatização voltada a garantir a proteção integral e efetiva à mulher vítima de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, nos termos do seu art. 7º. Para tanto, implementa medidas não apenas repressivas ao agressor, mas, sobretudo, protetivas à mulher e preventivas da violência. Mais que apenas aplicar a pena, Valéria Scarance sublinha a importância da Lei em proteger a mulher e em romper com o ciclo de violência doméstica e familiar (SCARANACE FERNANDES, Valéria Diez. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 246/247).

As características próprias da vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica diferenciam-na de outras formas de violência e demandam uma proteção específica, haja vista a relação dúplice que a vítima mantém com o seu agressor, o silêncio da ofendida e o movimento cíclico e contínuo da violência (SCARANACE, 2022, p. 245 e ss.).

Destacam Adriana Ramos de Mello et. al. que a Lei Maria da Penha consiste em uma “ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e deve ser interpretada observando os fins a que ela se destina”, nos termos do seu art. 4º. Nessa senda, melhor explicam os autores:

Isso quer dizer que os operadores do Direito ao aplicar a Lei n. 11.340/06 devem sempre interpretá-la de forma a atender à sua finalidade, que é assegurar à mulher em situação de violência condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

(MELLO, Adriana Ramos de et al.. *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15).

Portanto, é de rigor que se aplique a lei em consonância com a interpretação histórica e teleológica de seus dispositivos, levando em consideração, assim, o contexto em que foi editada e, sobretudo, a finalidade para qual está voltada: tutelar, de forma efetiva e integral, a liberdade, a dignidade e a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica. Como intérprete e operador do Direito, deve-se adotar, pois, o sentido da norma que viabilize a máxima realização desses valores.

Nesse cenário de busca de eficiência e efetividade na proteção da mulher, assumem importância ímpar as medidas protetivas de urgência, previstas nos arts. 22, 23 e 24 da lei em tela, voltadas tanto para a imposição de restrições ao agressor (como a suspensão da posse de armas de fogo, proibição de aproximar-se da vítima ou de com ela manter contato, entre outras), quanto para o resguardo da vítima e de seu patrimônio (encaminhamento da vítima e seus dependentes para programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, recondução da vítima ao lar, após afastamento do agressor, restituição de bens à ofendida, entre outras).

Tais medidas têm por objetivo a tutela efetiva e integral da vítima, finalidade última da lei, que norteia toda a sua interpretação e aplicação. Dessa feita, questão precípua consiste em delimitar a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica, a fim de que se determine o regramento aplicável a elas e todas as consequências daí decorrentes.

II - Da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência

II.1. Tutela inibitória vs. tutela provisória

A tutela inibitória contrasta com as tutelas provisórias, das quais são espécies a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Ao contrário das últimas, a tutela inibitória tem por característica a definitividade. Consiste em um provimento jurisdicional satisfativo, pois permite a fruição do direito pelo autor da demanda, bem como decorre de cognição judicial exauriente, resultado do exame de hipóteses fáticas e de provas produzidas a partir da instauração de um processo de conhecimento. O objetivo da tutela é impedir, de forma definitiva, a prática, a continuação ou a reiteração de um ato ilícito pelo réu.

Ao contrário da tutela tradicional que visa à repressão do dano já ocorrido e o correspondente ressarcimento ao autor da demanda, a tutela inibitória visa

à evitação do dano, ou seja, atua ante a ameaça do ato ilícito. Tem previsão no novo Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 497, dentro da seção relativa às ações voltadas às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Sobre a definição e a natureza das tutelas inibitórias, discorre Edson Antônio Sousa Pinto (grifos nossos):

A tutela inibitória pode ser conceituada como um *provimento jurisdicional que visa impedir a prática, a continuação, ou a repetição de um ato ilícito (ou antijurídico), possibilitando de forma definitiva, por meio de cognição exauriente, a fruição in natura do direito pelo autor da ação* - de acordo com o direito substancial previsto no ordenamento jurídico.

É, em outras palavras, *tutela adquirida pelo titular do direito por meio de processo de conhecimento voltado para o futuro*, requerendo ao réu o cumprimento de uma obrigação de fazer (inibitória positiva) ou não fazer (inibitória negativa), sob pena de imputação de multa ou outras medidas necessárias que garantam o resultado prático equivalente - ou seja, a inibição do ato ilícito (e não do dano).

Portanto, podemos dizer que é um provimento inequivocadamente satisfativo diretamente relacionado ao direito substancial; é tutela aderente ao direito material que reflete a necessária proteção ao direito ameaçado do autor contra atos ainda não praticados, ou seja, que estão sobre justo receio de futuramente ocorrerem, o que justifica a referida atuação jurisdicional inibitória.

(PINTO, Edson Antônio Sousa. A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo da Revista dos Tribunais. v. 252. 2016, p. 303/304).

Portanto, a tutela inibitória é emitida em provimento jurisdicional definitivo de mérito, como resultado de uma cognição exauriente dada após um processo de conhecimento.

Diverso é o caso das tutelas provisórias, frutos de cognição sumária, precária, proferidas de forma antecipada ou incidental ao processo. A sumariedade exigida para a decretação das cautelares equivale “à *cognição superficial que se*

realiza em relação ao objeto cognoscível constante de dado processo. Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128).

As tutelas provisórias, segundo regramento do Código de Processo Civil de 2015 - CPC, podem ser de urgência ou de evidência.

As tutelas de urgência, que interessam ao presente caso, podem ser subdivididas em antecipadas e cautelares. As primeiras têm como finalidade a antecipação total ou parcial dos efeitos a serem produzidos com a tutela final do processo, razão pela qual também são denominadas tutelas satisfativas. Dessa feita, verifica-se uma coincidência, ao menos parcial, entre o pedido de tutela provisória antecipada e o pedido do provimento judicial final. O autor, a título jurisdicional precário, passa a usufruir do direito antes da sentença de mérito, em verdadeira antecipação dos efeitos práticos do julgamento do pedido formulado. Em regra, os efeitos antecipados devem ser provisórios e reversíveis, mas, em situações excepcionalíssimas, pode-se vislumbrar hipóteses estritas de irreversibilidade desses efeitos.

Em suma, a “*tutela antecipada precipita no tempo o possível resultado final e definitivo do processo, que deverá prosseguir até que este seja alcançado*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: analisada à luz das garantias constitucionais da ação e do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 305).

As tutelas cautelares, como o nome indica, visam acautelar o resultado útil do processo, conservar direitos ou evitar dano decorrente da demora no julgamento da ação. A tutela cautelar, ao contrário da anterior, não tem por objetivo a antecipação da satisfação do direito pelo autor, mas o acautelamento desse provável direito ante uma situação de iminente ameaça ou de risco à sua subsistência.

Enquanto no processo civil a decretação de uma medida cautelar depende da verificação da probabilidade da existência do direito (*fumus bonis iuris*) e do perigo de lesão ou do perecimento desse direito pela demora do provimento jurisdicional final (*periculum in mora*); no processo penal, deve-se vislumbrar a existência de indícios de autoria e provas da materialidade delitiva (*fumus comissi delicti*), bem como a existência de perigo decorrente do estado de liberdade do acusado (*periculum libertatis*), a justificar a concessão de uma tutela urgente e imediata de acautelamento da resposta jurisdicional final.

Nesse sentido, conforme bem explica Ovídio Baptista, “*a tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao*

direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 17).

Diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não se poderia assentir com a aplicação das tutelas antecipadas no processo penal, pois tal representaria uma antecipação de pena antes do reconhecimento da culpabilidade do acusado. Com efeito, “*em matéria penal é vedada antecipação de efeitos da sentença que ainda será proferida, quaisquer que sejam, em desfavor do acusado*” (TUCCI, Rogério Lauria et. al. A sistematização das medidas cautelares processuais penais. In: *Revista dos advogados*, v. 24, n. 78, set. 2004, p. 114).

Dessa forma, as medidas provisórias previstas no Código de Processo Penal, bem como em legislação especial penal são de natureza cautelar, pois voltam-se à garantia da aplicação da lei penal (cautela final), à conveniência da investigação ou da instrução criminal (cautela instrumental) ou ao impedimento da reiteração delitiva (escopo extraordinário). (BADARÓ, Gustavo Henrique. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. In: *Revista do Advogado. A reforma do processo penal*, ano XXXI, set. 2011, n. 113, p. 77).

À luz do ora exposto, cabe verificar, então, a natureza das medidas protetivas de urgência, se pertencentes ao instituto da tutela inibitória, da tutela antecipada ou da tutela cautelar, para, em seguida, determinar se são cíveis ou criminais.

II.2. Tutela antecipada vs. tutela cautelar

De início, não figura viável incluir as medidas protetivas de urgência como espécies de tutela inibitória. Ao contrário da última, as medidas previstas na Lei Maria da Penha são concedidas em caráter provisório, a título precário, visto que se baseiam não em juízo de certeza da prática ou da ameaça da prática do ato ilícito pelo agressor, mas em juízo de probabilidade, fundado em elementos indiciários colhidos em fase procedimental preliminar. Dessa forma, as medidas devem ser, por sua natureza, revogáveis e reversíveis, quando constatada a superveniente ausência dos motivos autorizadores de sua aplicação.

Destaca-se, pois, a distinção fundamental entre o nível de profundidade (cognição vertical) exigido para o deferimento de cada uma das tutelas. Enquanto a tutela inibitória exige cognição exauriente (juízo de certeza), a tutela provisória satisfaz-se com uma cognição limitada (juízo de verossimilhança).

Assim, “o conhecimento exauriente do objeto analisado, através do exame das provas e dos fatos dispendidos, por meio de um juízo seguro e com índice de maior certeza, é atrelado ao decisório final, restando, assim, duas categorias: sumariedade quando da medida cautelar e exauriência quando da decisão de mérito” (VOLPE FILHO; SILVA DIAS. As Formas de Cognição na Aplicação das Medidas Cautelares Pessoais: o Mito da Sumariedade Plena. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 67, ago./set. 2015).

Descartada a hipótese de terem as medidas protetivas de urgência natureza jurídica de tutela inibitória, ante a evidente provisoriedade dessas medidas (reversibilidade e cognição sumária e precária), cabe verificar se são tutelas antecipadas ou tutelas cautelares.

O objeto das medidas protetivas de urgência não coincide com o objeto da tutela jurisdicional final. Não se pretende precipuamente, por meio da decretação dessas medidas, antecipar os efeitos da sentença ou antecipar a fruição do bem jurídico desejado pelo autor da demanda, que apenas seria obtido ao final do processo de conhecimento, em caso de procedência da pretensão deduzida em juízo.

Ao se decretar uma medida protetiva, visa-se, antes de tudo, proteger a vida e a incolumidade física e psíquica da vítima e, com isso, de uma forma mais ampla, acautelar a ordem pública, uma das finalidades das cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Com efeito, consoante decisão proferida por essa Corte, “*demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a presença do periculum libertatis, justificada está a manutenção do decreto constritivo imposto ao recorrente, especialmente a bem da garantia da ordem pública, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da vítima, fazendo cessar a reiteração delitiva, e também para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas pelo juiz singular*” (RHC n. 26.613/SC, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 3/11/2011, grifos nossos).

Defende-se, assim, o caráter prevalentemente cautelar das medidas protetivas de urgência, porquanto visam preservar a vida e a integridade física e psíquica da vítima durante o curso da investigação e do processo, ante a ameaça de reiteração da prática delitiva pelo suposto agressor.

Renato Brasileiro de Lima, nessa esteira, sustenta o caráter cautelar das medidas protetivas, de vez que “*são medidas de natureza urgente que se mostram necessárias para instrumentalizar a eficácia do processo*”:

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou criar instrumentos destinados a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, se o agressor pudesse continuar praticando agressões contra sua esposa (ou companheira) durante todo o curso da persecução penal. É evidente, pois, que a *persecução penal no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher precisa dispor de instrumentos e mecanismos capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo.*

(LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 932).

Embora muito se discuta, doutrinariamente, sobre a natureza satisfativa das medidas protetivas de urgência, não convence o argumento de que por isso seriam elas medidas cíveis de natureza antecipada.

A uma, porque o processo principal no bojo do qual será aplicada a medida protetiva pode visar provimentos jurisdicionais variados, a demonstrar não se tratar de uma necessária antecipação da decisão de mérito final. Aplicada em processo penal, por exemplo, não representa uma antecipação de condenação e de imposição de pena, porquanto tal violaria a presunção constitucional de não culpabilidade do acusado. A natureza das medidas protetivas não se confunde com a de sanção, não tem caráter retributivo, mas claramente acautelatório. Visam, provisoriamente, prevenir uma situação de risco, perdurando apenas até a cessação da ameaça à integridade da vítima e à ordem pública.

A duas, porque as medidas cautelares convivem com certo grau de satisfação do direito, sem que isso desnature a sua natureza cautelar. Dessa forma, Bedaque ensina que se considerarmos o termo “antecipatório” em sentido amplo, “*toda tutela cautelar, mesmo as meramente conservativas, tem certo conteúdo antecipatório*”. Todavia, em sentido mais técnico e estrito, “*antecipação implica coincidência entre o conteúdo do ato praticado e daquele previsto para ser praticado futuramente. Ou seja, deve haver identidade estrutural entre eles*” (BEDAQUE, 2021, p. 128, grifos nossos).

Indo mais além, Bedaque posiciona-se no sentido de inexistir razão que justifique a diferenciação teórica entre as medidas antecipatórias e as medidas cautelares. Para ele, a “*tutela destinada a assegurar a utilidade do resultado final do processo tem sempre natureza cautelar, seja ela meramente conservativa ou satisfativa*” (BEDAQUE, 2021, p. 124).

Sobre o específico objeto da presente análise, Bedaque defende que as medidas protetivas de urgência são medidas cautelares, que visam ao resultado útil do processo, ainda que redundem em satisfatividade do direito do autor (grifos nossos):

É comum ao legislador recorrer a esta forma de tutela visando a evitar que o tempo necessário ao desenvolvimento do processo de cognição plena acabe por tornar inútil a tutela final. As medidas urgentes no âmbito do direito de família são exemplos disso. Se não a considerarmos como cautelares, onde iremos incluí-las, uma vez que elas não representam a solução definitiva para a crise de direito material? Sua finalidade é apenas regular provisoriamente a situação jurídica das partes, até que o juiz tenha condições de fazê-lo de forma definitiva. *Não se pode negar a essas medidas o caráter cautelar. Sejam elas meramente conservativas, sejam antecipatórias dos efeitos do julgamento final, reúnem as características fundamentais da tutela cautelar: a instrumentalidade e a provisoriedade.*

(BEDAQUE, 2021, p. 216).

A três, porque o legislador processual penal expressamente denominou como cautelares algumas medidas com conteúdo equivalente àquelas previstas na Lei Maria da Penha, como, por exemplo, a proibição de acessar ou frequentar determinados lugares ou de manter contato com determinadas pessoas (incisos II e III do art. 319 do CPP). Dessa feita, vê-se esvaziado o argumento de que tais medidas não seriam cautelares por apresentarem certo grau de satisfatividade, pois, reitera-se, foram explicitamente classificadas como cautelares no CPP.

A quatro, porque é expressamente previsto pelo diploma processual penal que as cautelares podem ter por finalidade “evitar a prática de infrações penais” e “garantir a ordem pública” (arts. 282, II, e 312 do CPP), sem, novamente, ver-se desnaturado o seu caráter instrumental e sem transformá-las em medidas antecipatórias de pena.

II.3. Natureza cível vs. natureza criminal

A jurisprudência desta Corte Superior, há muito, posiciona-se no sentido de que as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei n. 11.340/06 são de natureza criminal, enquanto as dispostas nos demais incisos desse dispositivo têm natureza cível.

Assim, defende o remansoso entendimento jurisprudencial desta Corte terem natureza penal as seguintes medidas: (i) suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; (ii) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; (iii) proibição de

determinadas condutas, entre as quais: (a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; (b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; (c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Em recentíssimo acórdão da Quarta Turma deste Superior Tribunal, relatado pela em. Ministra Maria Isabel Gallotti, restou consignado que “*as medidas de afastamento do lar, proibição de aproximação, contato ou de frequentar residência e trabalho da recorrente, deferidas pela 1ª Vara Privativa de Violência Doméstica Contra a Mulher da Capital do Recife, com base no artigo 22, II e III, a, b e c, da Lei n. 11.340/06, possuem nítida natureza penal e, por essa razão, devem ser analisadas à luz do procedimento previsto no Código de Processo Penal*” (AgInt no REsp n. 1.979.684/PE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 17/8/2022).

Em outro julgado desta Quinta Turma, fixou-se, igualmente, que as medidas cautelares previstas nos incisos I ao III do art. 22 da Lei Maria da Penha possuem natureza penal, devendo-lhes aplicar, por conseguinte, o regramento do CPP. Confira-se a respectiva ementa (grifos nossos):

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Lei n. 11.340/06. Medida protetiva de urgência. Inexistência de inquérito policial ou ação penal em curso. Manutenção. Impossibilidade. Natureza jurídica penal. Parecer do Ministério Público Federal desfavorável. Manutenção da decisão agravada.

I - Dentre as medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, evidencia-se que as constantes dos incisos I, II e III têm natureza eminentemente penal, visto que objetivam, de um lado, conferir proteção à vida e à integridade física e psicológica da vítima e, de outro, impõem relevantes restrições à liberdade e ao direito de locomoção do agressor, bens jurídicos esses merecedores da maior proteção do direito penal.

II - Ademais, as medidas protetivas possuem natureza apenas cautelar, restringindo-se a sua aplicação a casos de urgência, de forma preventiva e provisória.

III - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que “as medidas protetivas fixadas na forma do art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006 possuem caráter penal e, por essa razão, deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal” (AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015).

IV - *In casu*, o eg. Tribunal de origem consignou que mantidas as medidas protetivas desde 23.02.2017, em razão de fatos ocorridos naquele ano, não consta, entretanto, tenha sido instaurada ação penal referente à infração criminal.

V - Com efeito, as medidas protetivas impostas, em que pese tenham força apenas cautelar, têm limitado a liberdade e o direito de ir e vir do agravado, conquanto não exista ação penal em curso nem se tenha perspectiva de deflagração do *jus persecutionis*. A imposição das restrições de liberdade ao recorrido, por medida de caráter cautelar, de modo indefinido e desatrelado de inquérito policial ou processo penal em andamento, resulta em constrangimento ilegal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.761.375/MG, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 22/3/2021).

Apresentam-se, a seguir, as razões que sustentam o reconhecimento do caráter penal destas medidas.

Em primeiro lugar, as medidas previstas nos três primeiros incisos do art. 22 implicam, de um lado, relevante restrição à liberdade de ir e vir do acusado, enquanto buscam, de outro vértice, preservar os direitos fundamentais à vida e à integridade física e psíquica da suposta vítima. O status elevado dos direitos em contraste, dos mais caros à Constituição e ao Estado Democrático de Direito, justifica uma tutela de ordem penal, tanto para o acusado, pois sua liberdade não pode vir a ser restringida de forma temerária e sem a observância de requisitos mínimos, quanto para a ofendida, que busca na esfera penal uma tutela célere e efetiva de seus direitos.

Um segundo aspecto, a reforçar a classificação que ora se expõe, refere-se à possibilidade de decretação de prisão preventiva do suposto agressor para “assegurar a execução das medidas protetivas de urgência”, nos crimes que envolvem violência doméstica e familiar, a teor do inciso III do art. 313 do CPP.

Ou seja, eventual renitência do acusado em descumprir as medidas impostas pelo juiz, especialmente aquelas que determinam seu afastamento da vítima e a proibição de com ela manter contato, podem fundamentar a decretação de prisão provisória do suposto agressor. Se tais medidas fossem consideradas de natureza cível, a possibilidade de decretação de prisão ficaria prejudicada, ante a impossibilidade de se criar, por lei, nova hipótese de prisão civil, para além da expressa previsão constitucional relativa ao devedor de alimentos (art. 5º, inciso LXVII, da CF).

Assim, se o próprio diploma processual penal passou a prever expressamente a possibilidade de decretação de prisão preventiva ao acusado que descumpra medida protetiva anteriormente imposta, pode-se concluir que o legislador

considerou ter natureza penal a cautelar em questão, pois de outra forma não se poderia cogitar de hipótese de privação temporária da liberdade do reincidente.

Tal compreensão é ainda consonante com a lógica de aplicação das medidas cautelares penais, que devem, a partir de um juízo de adequação e necessidade, ser suficientes aos fins que se destinam, sem impor uma restrição mais gravosa à liberdade do acusado do que seria necessária.

Assim, as medidas cautelares apresentam-se em uma escala crescente de gravidade, uma “progressão afletiva”, nas palavras de Cordero, partindo das de menor restrição aos direitos do acusado até as de maior restrição, que culminam na prisão preventiva do acusado (BADARÓ, 2011, p. 74).

Com efeito, se o acusado descumprir reiteradamente a proibição de aproximar-se da vítima (medida de menor restrição), poder-se-á impor-lhe uma cautelar de prisão (medida de maior restrição), pois a primeira intervenção não se mostrou adequada ao fim pretendido, qual seja, a tutela da vida e da integridade física da ofendida.

Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência desta Corte, como se verifica em acórdão relatado pelo insigne Ministro Gurgel de Faria, quando integrava a 5ª Turma:

Da leitura do dispositivo em comento, observa-se que as medidas protetivas previstas nos incisos I, II, III, possuem nítido caráter penal, pois visam garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor. Por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem natureza eminentemente civil.

No caso dos autos foram aplicadas as medidas protetivas previstas no inciso I (suspensão da posse e porte de arma) e a do inciso III, “a”, – proibição do requerido de aproximação e contato com a vítima, familiares, com exceção dos filhos, e testemunhas, mantendo deles a distância mínima de 300 (trezentos metros), exceto com expressa permissão.

Como se vê, as medidas protetivas aplicadas no caso em apreço possuem caráter eminentemente criminal e, por isso, a decisão proferida no respectivo incidente processual deveria ter sido impugnada por meio de recurso previsto no âmbito do Código de Processo Penal e não através da apelação cível. Tanto isso é verdade que o não cumprimento das medidas protetivas poderia evoluir para a privação de liberdade, conforme consignado no disposto no art. 313, III, parte final, do Código de Processo Penal, in verbis (...).

(AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe de 2/2/2015).

Um terceiro ponto merecedor de destaque, que também vem ao encontro da natureza criminal das medidas protetivas dos incisos I, II e III do art. 22 da Lei n. 11.340/06, remete ao paralelismo existente entre estas e as medidas alternativas à prisão dos incisos II e III do art. 319 do CPP. Dessa forma, tanto a proibição de acessar ou frequentar determinados lugares para evitar a prática de novas infrações penais, quanto a proibição de manter contato com pessoa determinada têm grande semelhança com as medidas de proibição de aproximar-se da vítima e de com ela manter contato, previstas na lei protetiva à mulher. Destarte, consoante já mencionado anteriormente, não se sustenta a posição de que essas medidas seriam antecipatórias do mérito e de natureza cível, pois a natureza cautelar e penal é reconhecida pelo próprio Código de Processo Penal.

Em quarto lugar, constata-se, a partir de interpretação sistemática e integrada da Lei Maria da Penha, que a finalidade e os dispositivos da lei sustentam o caráter penal do diploma legal e das medidas protetivas de urgência.

A lei, embora preveja, em seu art. 13, a aplicação das normas do CPC, do CPP e da legislação especial relativa às crianças, aos adolescentes e aos idosos, e conquanto tenha incidência no âmbito cível e criminal, apresenta caráter eminentemente penal. Nessa esteira, Geraldo Prado defende:

Basicamente, trata-se de uma lei penal, malgrado os esforços para consolidar-se como Estatuto capaz de compor um sistema micro de disciplina jurídica das questões pertinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Os aspectos não-penais das categorias e institutos criados funcionam como acessórios ou instrumentos de garantia da eficiência do mecanismo penal de responsabilização da violência doméstica e familiar contra a mulher, em suas variadas formas de manifestação.

(PRADO, Geraldo. In: MELLO et. al., 2009, p. 98).

A natureza marcadamente penal da lei exsurge da leitura conjugada de vários de seus artigos, que revelam a centralidade da sistemática normativa voltada à violência doméstica e familiar da mulher enquanto crime. Entre suas previsões, destacam-se a proibição da pena de prestação pecuniária (art. 17); a vedação da aplicação das medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95 (art. 41); a competência das varas criminais para processar e julgar os casos decorrentes da prática de violência doméstica até a criação de varas especializadas (art. 33); o atendimento da vítima pela autoridade policial (art. 10); a determinação da adoção de medidas pela autoridade policial, entre elas o encaminhamento ao juiz

de expediente contendo o pedido da vítima de decretação de medidas protetivas (art. 12); a possibilidade de o delegado de polícia determinar diretamente o afastamento do ofensor do lar ou do local de convivência com a vítima, em caso de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher, providência que deverá ser confirmada ou revogada pelo juiz competente dentro de 24 horas (art. 12-C); a previsão da possibilidade de decretação da prisão preventiva do suposto agressor em qualquer fase do inquérito ou da instrução, bem como para assegurar a execução de medida protetiva de urgência (arts. 20 e 42).

D'outro vértice, particularmente no que tange à disciplina das medidas protetivas, denota-se não haver previsão de procedimento específico para concessão da tutela cautelar, restringindo-se a lei a determinar, em seu art. 18, que caberá ao juiz, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida, no prazo de 48 horas, decidir sobre as medidas protetivas, entre outras providências. Dessa feita, não cabe a instauração de um processo, com citação do requerido para ciência e contestação, sob pena de decretação de sua revelia, nos moldes do estabelecido na lei processual civil.

Aplicável, sim, o regramento do Código Processual Penal que, em caso de risco à efetividade da medida, determina a intimação do suposto agressor após a decretação da cautelar, facultando-lhe a possibilidade de manifestar-se nos autos a qualquer tempo, sem a aplicação dos efeitos da revelia.

O parágrafo único do art. 21 também reforça a não adoção do regramento previsto no CPC, porquanto determina que “a ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor”, nada mencionando sobre citação.

Nesse sentido, conclui Sérgio Ricardo de Souza que “*em que pese a carga predominantemente penal, civil e até administrativa que cada uma das MPU [medidas protetivas de urgência] possui individualmente, a sua inserção no corpo de uma lei prevalentemente de natureza criminal, atrai a necessidade de observância dos rígidos princípios que regem essa esfera do Direito (processual penal e penal) quando da análise dos critérios de aplicação, de execução e de vigência, orientados pelo princípio da legalidade estrita*” (SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Lei Maria da Penha comentada sob a perspectiva dos direitos humanos*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 212).

Portanto, extrai-se do texto normativo, a partir de uma interpretação teleológica e sistemática da lei, a natureza penal das medidas protetivas de urgência, inseridas nos incisos I, II e III do art. 22. Sobre a temática, Geraldo Prado pontua o caráter penal dessas medidas e a conseqüente instrumentalidade das cautelares à investigação ou ao processo criminal:

O gênero tutela de urgência comporta situação de antecipação de tutela, em homenagem ao caráter preventivo (apesar de provisório) de determinadas intervenções. Contém, também, e especificamente no processo penal a tutela cautelar, esta última destinada a assegurar a viabilidade e o sucesso do processo penal de conhecimento, assim como a efetividade de eventual condenação. A distinção das espécies é fundamental para traçar os limites da intervenção judicial e, até mesmo, fixar os casos em que ao juiz pode ser dado agir de ofício, distinguindo-se os casos em que isso é defeso ao magistrado. Defende-se aqui o ponto de vista de que, mesmo tendo natureza conformada pela tutela de urgência de ordem estritamente civil, determinadas medidas de proteção só poderão ser aplicadas com fundamento na Lei Maria da Penha se ao menos indiretamente guardarem relação com a tutela de virtual ou concreto processo de condenação. Afastada desde o início a intervenção penal, por exemplo, pelo fato de a vítima não ter representado no prazo legal, em caso de crime cuja ação penal dependa de representação, as medidas de proteção da Lei Maria da Penha não poderão ser implementadas no Juizado. Nada obsta, porém, que o sejam em sede civil, a partir do poder geral de cautela conferido ao juiz cível. Nesta hipótese, as medidas de proteção obedecerão às regras gerais pertinentes à antecipação de tutela e, se for o caso, às cautelares em âmbito civil (artigo 806, do Código de Processo Civil). Na esfera do Juizado, portanto, as medidas de proteção hão de ser instrumentais ao processo penal condenatório, direta ou indiretamente.

(PRADO, Geraldo, 2009, p. 100/101).

Em igual sentido, Renato Brasileiro também destaca a natureza eminentemente penal das medidas protetivas de urgência, consignando que:

Como as medidas protetivas de urgência são acessórias do mérito da ação principal, e tendo em conta que a Lei Maria da Penha criou essas medidas como instrumentos para assegurar sobremaneira a garantia da ordem pública no processo penal, evitando a reiteração delituosa da violência doméstica e familiar contra a mulher, é de se concluir que tais medidas têm natureza eminentemente penal, e não cível. Por conseguinte, a sistemática recursal a ser utilizada deve ser buscada no âmbito do Código de Processo Penal.

(BRASILEIRO, 2016, p. 940).

Outrossim, como já antecipado acima, reconhecer a natureza penal das medidas cautelares dos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha traz uma dúplici proteção: de um lado, protege a vítima, pois concede a ela um meio célere e efetivo de tutela de sua vida e de sua integridade física e psicológica, pleiteada diretamente à autoridade policial, e reforçada pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do suposto autor do delito; de outro lado, protege o acusado, porquanto concede a ele a possibilidade de se defender da

medida a qualquer tempo, sem risco de serem a ele aplicados os efeitos da revelia.

Por fim, o entendimento vem ao encontro da finalidade da Lei Maria da Penha destacada no início deste voto, consistente na consecução de uma tutela integral e efetiva da mulher vítima de violência doméstica, viabilizada, em grande parte, pelas medidas protetivas de urgência. Caso prevalecesse o entendimento de serem as medidas previstas nos incisos I a III do art. 22 de natureza cível, não se poderia cogitar, como dito, da hipótese de prisão preventiva do agressor renitente, fomentando um ambiente propício ao desrespeito à lei e à obrigatoriedade de observância das cautelares impostas.

Ao fim e ao cabo, instaurar-se-ia um cenário de absoluta ineficácia das medidas protetivas de urgência, com conseqüente inocuidade do diploma normativo protetivo, esvaziando-se anos de avanço na agenda de tutela dos direitos da mulher e de coibição da violência doméstica no país.

III - Conclusão: disciplina legal aplicável às medidas protetivas de urgência

De todo o exposto, conclui-se pelo inevitável reconhecimento da natureza cautelar das medidas protetivas de urgência previstas no âmbito da Lei Maria da Penha. As medidas previstas nos incisos I, II e III do art. 22 são eminentemente penais, porquanto envolvem direitos fundamentais tanto da vítima, quanto do suposto agressor. A renitência do acusado em descumprir tais medidas pode levar a decretação de sua prisão preventiva.

Proferidas em sede de cognição sumária, em fase preliminar da investigação ou do processo, são as medidas protetivas dotadas de precariedade, provisoriedade e instrumentalidade, pois visam tutelar o fim último do processo, por meio do acautelamento da ordem pública (preservação da vida e integridade da vítima e inibição de reiteração delitiva).

Portanto, deve-se aplicar às medidas protetivas de urgência o regramento previsto pelo Código de Processo Penal no que tange às medidas cautelares. Dessa forma, não cabe falar em instauração de processo próprio, com citação do requerido, tampouco com a possibilidade de decretação de sua revelia em caso de não apresentação de contestação no prazo de cinco dias.

Aplicada a cautelar *inaudita altera pars*, para garantia de sua eficácia, o acusado será intimado de sua decretação, facultando-lhe, a qualquer tempo, a apresentação de razões contrárias à manutenção da medida.

IV - Análise do caso concreto

Em recurso especial, o Ministério Público do Estado de Goiás apontou violação aos arts. 18, 19, 21 e 22, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 11.340/06, pois o Tribunal de origem manteve decisão que determinou a citação do suposto autor do delito para contestar o pedido de aplicação das medidas protetivas (art. 22, inciso III, alíneas “a” e “b”), sob pena de revelia.

Sobre as violações supramencionadas, o Tribunal estadual, por maioria, manteve a decisão impugnada nos termos do voto do relator:

Na hipótese, diferente do alegado pelo recorrente, as determinações contidas na decisão hostilizada (citação do requerido para oferecimento de contestação às medidas protetivas de urgência, e aplicação dos efeitos da revelia em caso de omissão) não revelam inversão tumultuária do processo e nem rechaçável insegurança jurídica, porquanto, a própria lei de violência doméstica ressalva a aplicação de outras normas ao processamento das medidas protetivas, e o fato de não haver previsão expressa determinando a citação do requerido não obsta que ela seja feita.

(...)

Nessa perspectiva, entendo que a aplicação ao procedimento telado do rito geral das cautelares, previsto no Código de Processo Civil, determinando a citação do requerido para apresentar contestação sob pena de revelia, não acarreta inversão tumultuária do processo, razão pela qual a correção não merece provimento. (fls. 100/101)

O acórdão recorrido, que negou provimento à correção parcial manejada pelo órgão acusatório, não pode subsistir. É que, ao contrário do entendimento da jurisprudência predominante desta Corte, o Tribunal de origem aplicou às medidas protetivas, previstas no art. 22, incisos III, alíneas “a” e “b”, o regramento estabelecido pelo Código de Processo Civil, com a determinação de citação para apresentação de contestação, sob pena de decretação da revelia do requerido. Não reconheceu, destarte, a natureza cautelar criminal de tais medidas, com a consequente e necessária aplicação da disciplina prevista pelo diploma processual penal.

Dessa forma, como restou consignado ao longo deste voto, as medidas previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei n. 11.340/06, por terem natureza de cautelares penais, devem ser disciplinadas pelo Código de Processo Penal, que determina, por sua vez, que o suposto agressor deve ser *intimado* da decretação de tais medidas, em relação às quais pode, a qualquer tempo, apresentar manifestação.

Portanto, deve ser reformada a decisão proferida pela instância ordinária, para afastar a determinação de citação do requerido para apresentação de contestação às medidas protetivas de urgência, bem como para afastar a possibilidade de aplicação dos efeitos de revelia.

V - Dispositivo

Ante o exposto, *data maxima venia*, divirjo do entendimento esposado no voto do em. Relator, para, *conhecendo do recurso especial, dar-lhe provimento a fim de afastar a determinação de citação do requerido para oferecimento de contestação à decretação das medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, III, “a” e “b”, da Lei 11.340/06, bem como para afastar os efeitos de revelia em caso de omissão, aplicando-se a disciplina disposta no CPP, ante o reconhecimento da natureza cautelar criminal dessas medidas.*

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Estado de Goiás**, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**, assim ementado (e-STJ, fls. 95-108):

Correção parcial. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Natureza jurídica. Ato citatório. Inversão tumultuária. Inocorrência I. Há grande debate doutrinário e divergência jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Assim, considerando que a Lei Maria da Penha não determina o procedimento das medidas protetivas de urgência e autoriza a aplicação do CPC, o rito das tutelas de urgências, previsto nos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil/2015, na parte em que não conflita com a Lei n. 11.340/2006, não acarreta inversão tumultuária do processo. Correção parcial conhecida e desprovida. Parecer desacolhido.

Inicialmente, na origem, constata-se dos autos, que, em sede de plantão judiciário, foram deferidas medidas protetivas de urgência em favor da requerente, consistente na proibição de o requerido, ora interessado, manter contato com a vítima e seus familiares, por qualquer meio de comunicação.

Após a redistribuição dos autos ao 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher da Comarca de Goiânia, o juízo proferiu decisão, mantendo a proibição de o requerido entrar em contato com a vítima

por qualquer meio e reduzindo para 200 (duzentos) metros o raio de não aproximação da requerente, bem como flexibilizando as medidas pelo prazo de 120 (centro e vinte) dias. Na oportunidade, determinou, ainda, sua intimação e citação com prazo de 5 dias para apresentar contestação, sob pena de revelia.

Dessa decisão houve manejo de correção parcial pelo *Parquet* Estadual perante o tribunal de origem. A referida correção parcial foi indeferida sob o fundamento de que:

as determinações contidas na decisão hostilizada (citação do requerido para oferecimento de contestação às medidas protetivas de urgência, e aplicação dos efeitos da revelia em caso de omissão) não revelam inversão tumultuária do processo e nem rechaçável insegurança jurídica, porquanto, a própria lei de violência doméstica ressalva a aplicação de outras normas ao processamento das medidas protetivas, e o fato de não haver previsão expressa determinando a citação do requerido não obsta que ela seja feita. (e-STJ, fl. 100).

Foram opostos embargos de declaração pelo órgão acusador, os quais findaram rejeitados (e-STJ, fls. 135-142).

Inconformado, o *Ministério Público do Estado de Goiás* interpõe recurso especial, apontando violação dos arts. 18, 19, 21 e 22, III, a da Lei 11.340/2006 e do art. 619 do CPP. Aduz, para tanto, que: (I) o procedimento previsto na Lei 11.340/2006 nada dispõe a respeito da citação do suposto autor dos delitos para contestar o pedido de aplicação de medidas protetivas, tampouco sobre a incidência dos efeitos da revelia em caso de contumácia; e (II) inexistente, no âmbito dos ilícitos processados sob os comandos da Lei Maria da Penha, a necessidade de citação do agressor para oferecimento de defesa e a possibilidade do reconhecimento da revelia, pois o agressor, como só ocorre no bojo de cautelares, pode se manifestar a qualquer momento sobre o desacerto da medida, sem que sua inércia importe no reconhecimento ficto dos fatos.

Requer, subsidiariamente, o reconhecimento da nulidade do acórdão para que a Corte de origem se manifeste sobre os pontos levantados nos embargos de declaração.

Sem contrarrazões (e-STJ, fls. 184), o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ, fls. 187-788).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 201-205):

É o relatório.

VOTO

Ementa: Penal e Processo Penal. Recurso especial. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência (arts. 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006). Natureza jurídica. Índole cível, satisfativa e inibitória. Uniformização da jurisprudência do STJ. Necessidade de citação para contestar. Recurso especial desprovido.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da necessidade ou não da citação do suposto agressor para contestar o pedido de aplicação de medidas protetivas, da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, bem como da incidência ou não dos efeitos da revelia.

2. Há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.343/2006, de modo que se faz necessária uma definição mais clara, a fim de balizar a atuação dos Tribunais em sua aplicação.

3. As sobreditas medidas têm *natureza jurídica exclusivamente cível*, sendo esta a, no caso, que melhor se amolda aos princípios da eficiência e segurança jurídica. Fora isso, têm *índole satisfativa e inibitória*, tendo em vista não servirem de instrumentalidade a outro processo civil ou criminal, porque não buscam necessariamente a eficácia prática da tutela principal. Logo, devem seguir as regras do CPC/2015, nos termos dos arts. 13 e 22, § 4º, da Lei 11.340/2006.

4. Tal natureza propicia uma ampliação do espectro de proteção da Lei Maria da Penha, em comparativo com às medidas do regime cautelar criminal.

5. Sendo de cunho civil as medidas de proteção direcionadas à mulher em estado de vulnerabilidade, no âmbito doméstico e familiar, deve-se seguir o procedimento definido nos arts. 294 e seguintes do CPC/2015 para as tutelas de urgência, na parte que não conflita com a Lei 11.340/2006.

6. Com efeito, a necessidade de se conferir a indispensável proteção à mulher vítima de violência não pode afastar as garantias processuais do requerido. O processo de conhecimento das medidas protetivas deve prezar pelo devido processo legal, resguardando o contraditório e a ampla defesa, sendo os direitos fundamentais ao

mesmo tempo fundamento e limite para as medidas protetivas de urgência.

7. Ademais, caso após a citação válida não haja a resposta tempestiva por meio da contestação, ocorrerá a revelia com a respectiva presunção da veracidade dos fatos. Tal presunção não afetará eventual processo criminal, nem desnatura as medidas protetivas de cunho civil da Lei Maria da Penha, já que são complementares às medidas cautelares de natureza penal.

8. Recurso especial desprovido.

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Considerações preliminares e delimitação da controvérsia

Atendidos seus requisitos de admissibilidade, o recurso especial deve ser conhecido.

Cinge-se a controvérsia acerca da necessidade ou não da citação do suposto agressor para contestar o pedido de aplicação de medidas protetivas, da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, bem como da incidência ou não dos efeitos da revelia.

Para definição dos procedimentos no âmbito do processo para os casos que envolvem a aplicação das medidas protetivas veiculadas na Lei Maria da Penha, precisamos discutir a natureza jurídica das providências de urgência, já que a Lei 11.340/2006, no seu art. 13, prescreve que, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, serão aplicadas as normas do CPP e do CPC.

Há, contudo, grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.343/2006, de modo que se faz necessária uma definição mais clara, a fim de balizar a atuação dos Tribunais em sua aplicação.

Percebe-se que, no âmbito da Quinta Turma do STJ, há julgados conflitantes sobre a temática aqui apresentada. Quando do julgamento do REsp 1.566.547/MG, da relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, firmou-se a compreensão de que de as medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11.340/2006 têm *natureza cível e autônoma* por seu *caráter de tutela inibitória*, como se extrai da conclusão do julgado:

Agravo regimental no recurso especial. Penal e Processual Penal. Lei Maria da Penha. Medida protetiva. Natureza jurídica inibitória. Independência em relação aos autos principais. Importância primordial da norma é a satisfação concreta de proteção à vítima. Agravo desprovido.

1. A natureza jurídica da medida protetiva prevista no art. 22 da Lei Maria da Penha, possui nítida feição inibitória, constituindo-se em importante aliado para a cessação da violência doméstica e, conseqüentemente, garantindo o caráter satisfativo de proteção às vítimas buscada pela norma.

2. Inalteradas as circunstâncias que ensejaram a fixação da medida protetiva imposta em favor da vítima, subentende-se que o contexto motivador ainda persiste, devendo ser dada continuidade à medida anteriormente prevista, não se exigindo vinculação a outro processo.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.566.547/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe de 1/8/2017.)

Entretanto, outra foi a conclusão nos autos do AgRg no REsp 1.441.022/MS, da relatoria do Ministro Gurgel de Faria, quando integrante desta Turma. Na ocasião firmou-se o entendimento de que as medidas protetivas previstas no art. 22, I, II, III, da Lei 11.340/2006 possuem *nítido caráter penal*, pois têm a finalidade de garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor; por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem *natureza eminentemente civil*. Nesse sentido, colaciono a ementa do acórdão do precedente não obrigatório, a título ilustrativo:

Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Violência doméstica. Lei n. 11.340/2006. Medidas protetivas de urgência. Natureza jurídica. Aplicação do Código de Processo Penal. Recurso desprovido.

1. As medidas protetivas previstas no art. 22, I, II, III, da Lei n. 11.340/06, possuem nítido caráter penal, pois visam garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor. Por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem natureza eminentemente civil.

2. *In casu*, foram aplicadas as medidas protetivas previstas no inciso I (suspensão da posse e restrição do porte de arma) e a do inciso III, "a" [proibição do requerido de aproximação e contato com a vítima, familiares (com exceção dos filhos) e testemunhas, mantendo deles, a distância mínima de 300 (trezentos metros), exceto com expressa permissão].

3. Verifica-se, portanto, que, na hipótese tratada nos autos, deve ser adotado o procedimento previsto no Código de Processo Penal com os recursos e prazos lá indicados.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe de 2/2/2015.)

Nesse julgado, esta Quinta Turma decidiu o *enfoque de natureza jurídica ambivalente* (cível e criminal) das medidas protetivas de urgência prescritas no art. 22.

Diante da inconsistência entre os julgados apresentados e as repercussões de ordem jurídica, como no caso dos autos, faz-se necessária uma definição mais clara, pelo menos para a jurisprudência pátria, uma vez que, no âmbito acadêmico, não se esgotam as celeumas jurídicas.

Portanto, como a função do STJ é pacificar a jurisprudência e resguardar a segurança jurídica a partir da interpretação de lei federal, penso que se deve sedimentar com base nesse *precedente não vinculante* as diretrizes relativamente à natureza jurídica das medidas protetivas descritas na Lei Maria da Penha.

2. Definição da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha - Lei 11.340/2006

A Lei 11.340/2006, denominada Maria da Penha, foi promulgada com a finalidade de tornar mais rigoroso o combate à violência doméstica e familiar e, assim, proteger, não apenas a incolumidade física e a saúde da vítima, em especial a mulher, mas igualmente, a tranquilidade e a harmonia no seio familiar. Dessa forma, a lei se traduz principalmente em nítido caráter protetivo, objetivando dar uma resposta estatal eficiente ao evitar o dano ou a lesão ao direito, e promover a diminuição dos índices de violência doméstica e familiar, e não somente ao seu aspecto punitivo, por vezes, o mais evidenciado.

Vale lembrar que o art. 13 da Lei Maria da Penha deixa expressa a existência de um microsistema protetivo integrado para proteção da mulher no âmbito doméstico e familiar, ao incluir, além da própria Lei Maria da Penha, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do idoso naquilo que não forem contrários à Lei 11.340/2006, como arcabouço jurídico harmônico e complementar, decorrente da intenção do legislador de produzir um resultado efetivo no combate à violência empregada contra a mulher, entidade vulnerável nas relações abusivas:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-

se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei.

Ainda, as medidas protetivas de urgência estão previstas de modo exemplificativo nos arts. 22 (medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor), 23 e 24 (medidas protetivas de urgência à ofendida) da Lei 11.340/2006, as quais transcrevo a seguir:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei n. 13.984, de 2020)

VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei n. 13.984, de 2020)

[...]

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei n. 13.882, de 2019)

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Discute-se na doutrina pátria a natureza jurídica de tais medidas protetivas de urgência.

Há uma infinidade de definições dadas pela doutrina acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, conforme aponta o Dr. Thiago Pierobom de Ávila em trabalho acerca do tema. Entre elas, há aqueles que lhes atribuem natureza cível. Há quem as classifiquem como medidas cautelares inominadas assemelhadas aos *writs* constitucionais, ou, ainda, tutela de amparo *sui generis* com natureza acautelatória especial. Há, também, a posição de se tratar de medidas híbridas. Outros cindem as medidas protetivas em criminais (art. 22, incisos I, II e III, da 11.340/2006) e cíveis (incisos IV e V do alegado artigo) natureza ambivalente. Já na esfera penal, “os criminalistas tendem a reconduzir as medidas protetivas de urgência à lógica das medidas cautelares criminais, ainda que o façam genericamente, sem discutir sua efetiva natureza jurídica.” (ÁVILA, Thiago Pierobom. *Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 157, 2019, p. 4.4).

Já Dra. Kárin Liliane afirma que a posição majoritária é no sentido de que as medidas veiculadas no art. 22 da Lei 11.340/2006 possuem natureza jurídica de medidas cautelares e, sendo assim, *vinculam-se à existência de processo criminal* (MENDONÇA, Kárin Liliane de Lima Emmerich. *A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas previstas na Lei 11.340/2006*. AMAGIS, ano VII, n. 12, 2015, p. 77).

Todavia, este Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.419.421/GO, de relatoria do eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, integrante da Quarta Turma, quando da discussão jurídica sobre a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, definiu serem elas de natureza jurídica de cautelar cível satisfativa, ou seja, *encerram, por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada, independentemente de propositura de qualquer outra ação*. A propósito, cito a ementa do acórdão paradigma:

Direito Processual Civil. Violência doméstica contra a mulher. Medidas protetivas da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Incidência no âmbito cível. Natureza jurídica. Desnecessidade de inquérito policial, processo penal ou civil em curso.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.419.421/GO, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/2/2014, DJe de 7/4/2014.)

O voto condutor do ilustre Ministro Luís Felipe Salomão, com grande proficiência intelectual, concluiu não ser exigida instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática de uma tutela principal, já que o fim das medidas protetivas *é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem*.

Transcrevo trecho do voto condutor para sedimentar o referido entendimento:

Por outro lado, fica clara a inexistência de exclusividade de aplicação penal da Lei Maria da Penha quando a própria lei busca a incidência de outros diplomas

para a realização de seus propósitos, como, por exemplo, no art. 22, § 4º, a autorização de aplicação do art. 461, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil; ou no art. 13, ao afirmar que “ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais [...] aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei”.

[...]

Com efeito, nessa linha de raciocínio, não há como negar que uma demanda com os contornos da que ora se examina tem características de ação de obrigação de não fazer, consistente em que o réu se abstenha de praticar as diversas formas de violência doméstica narradas na inicial.

E assim, para a *consecução da mencionada tutela específica inibitória*, valendo-se o magistrado da fórmula aberta insculpida no art. 461, § 5º, do CPC, das normas de acoplamento previstas nos arts. 22, § 4º, e 13 da Lei Maria da Penha, não há óbice para que, se preenchidos os requisitos autorizadores, sejam deferidas as medidas acauteladoras a que, exemplificadamente, faz referência o diploma protetivo sob análise.

6. Assim, as medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006 - notadamente as dos arts. 22, 23 e 24 -, observados os requisitos específicos para *a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.* (grifou-se).

Portanto, a conclusão que se extrai do mencionado julgado é a de que a natureza jurídica das medidas protetivas de Lei Maria da Penha, elencadas nos arts. 22, 23 e 24, é de *índole civil*. Porém, observo que a conclusão da autonomia da medida, sem necessidade de vínculo de ação cível ou criminal, advém do *caráter preventivo (inibitório)*, tratando-se, dessarte, de tutela inibitória.

Posto isso, a tutela inibitória é cabível quando se pretende conservar a integridade do bem jurídico tutelado com a finalidade de prevenir ou impedir a prática ou continuidade de um ilícito, salvaguardando-se, desse modo, o próprio direito.

O professor Luiz Guilherme Marinoni faz um comparativo das tutelas inibitória e cautelar. Ao lecionar sobre o tema, depreende que a tutela inibitória deriva de fato que constitui ação de conhecimento a qual efetivamente pode inibir o ilícito, distanciando-se da ação cautelar, que é caracterizada por sua ligação com uma ação principal (MARINONI, Luiz Guilherme. *Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. Academia Brasileira de direito Processual Civil,

2012. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 2 ago. 2022).

Como afirmado, a Quinta Turma, a despeito de haver um julgado reconhecendo a natureza eminentemente cível, como indiquei nas considerações preliminares desse voto, tem orientado, na maior parte dos julgados, o reconhecimento da *natureza ambivalente*, em particular das providências previstas no art. 22 da Lei 11.340/2006, como se vê nas ementas dos acórdãos abaixo:

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Lei n. 11.340/06. Medida protetiva de urgência. Inexistência de inquérito policial ou ação penal em curso. Manutenção. Impossibilidade. Natureza jurídica penal. Parecer do Ministério Público Federal desfavorável. Manutenção da decisão agravada.

I - Dentre as medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, evidencia-se que as constantes dos incisos I, II e III têm natureza eminentemente penal, visto que objetivam, de um lado, conferir proteção à vida e à integridade física e psicológica da vítima e, de outro, impõem relevantes restrições à liberdade e ao direito de locomoção do agressor, bens jurídicos esses merecedores da maior proteção do direito penal.

II - Ademais, as medidas protetivas possuem natureza apenas cautelar, restringindo-se a sua aplicação a casos de urgência, de forma preventiva e provisória.

III - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que “as medidas protetivas fixadas na forma do art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006 possuem caráter penal e, por essa razão, deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal” (AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015).

IV - *In casu*, o eg. Tribunal de origem consignou que mantidas as medidas protetivas desde 23.02.2017, em razão de fatos ocorridos naquele ano, não consta, entretanto, tenha sido instaurada ação penal referente à infração criminal.

V - Com efeito, as medidas protetivas impostas, em que pese tenham força apenas cautelar, têm limitado a liberdade e o direito de ir e vir do agravado, conquanto não exista ação penal em curso nem se tenha perspectiva de deflagração do *jus persecutionis*. A imposição das restrições de liberdade ao recorrido, por medida de caráter cautelar, de modo indefinido e desatrelado de inquérito policial ou processo penal em andamento, resulta em constrangimento ilegal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.761.375/MG, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 22/3/2021.)

Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Aplicação de medidas protetivas. Art. 22, I, II, III, da Lei n. 11.340/06. Prazo de vigência. Princípio da razoabilidade. Agravo regimental não provido.

1. Com efeito, esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que: “As medidas protetivas previstas no art. 22, I, II, III, da Lei n. 11.340/06, possuem nítido caráter penal, pois visam garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor. Por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem natureza eminentemente civil” (AgRg no REsp 1.441.022/MS, Rel. Ministro *Gurgel de Farias*, *Quinta Turma*, DJe 2/2/2015).

2. Assim, diante de sua natureza jurídica penal, para que as medidas protetivas sejam concedidas, deve haver ao menos indícios de autoria e materialidade de delito praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher (*fumus boni juris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*), consubstanciado na urgência da medida, a fim de proteger a mulher de eventual reiteração criminosa.

3. É certo que o Código de Processo Penal não prevê prazo de vigência das cautelares, mas estipula sua incidência de acordo com a necessidade e adequação (art. 282 do CPP) e revisão periódica (art. 282, § 5º, do CPP), em casuística ponderação.

4. Nesse contexto, se é certo que as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha visam garantir a integridade física e moral da mulher, vítima de violência doméstica, não podem elas perdurarem indefinidamente, criando evidente constrangimento ilegal a quem a elas se encontra submetido.

5. Desse modo, sendo o deferimento de medidas protetivas à vítima uma medida de natureza cautelar, que impõe restrição à liberdade de ir e vir do indivíduo, a sua duração temporal deve ser pautada pelo princípio da razoabilidade.

6. No caso concreto, passados mais de 2 anos da aplicação das medidas protetivas, uma vez que essas foram deferidas em março de 2018, sem que tenha sido instaurada até a presente data a competente ação penal, mostra-se desarrazoado e desproporcional a medida imposta, por eternizar restrições a direitos individuais do recorrido.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 1.650.947/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 15/6/2020.)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Lei n. 11.340/06. Medida protetiva de urgência. Inexistência de inquérito policial ou ação penal em curso. Manutenção. Impossibilidade. Natureza jurídica penal. Ordem concedida.

I - Dentre as medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, evidencia-se que as constantes dos incisos I, II e III têm natureza eminentemente penal, visto que objetivam, de um lado, conferir proteção à vida e à integridade física e psicológica

da vítima e, de outro, impõem relevantes restrições à liberdade e ao direito de locomoção do agressor, bens jurídicos esses merecedores da maior proteção do direito penal.

II - Ademais, as medidas protetivas possuem natureza apenas cautelar, restringindo-se a sua aplicação a casos de urgência, de forma preventiva e provisória.

III - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que “as medidas protetivas fixadas na forma do art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006 possuem caráter penal e, por essa razão, deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal” (AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015).

IV - *In casu*, o e. Desembargador Relator do eg. Tribunal de origem impôs contra o paciente as medidas protetivas elencadas no art. 22, III, da Lei n. 11.340/06 (proibição de aproximação, devendo manter, no mínimo 50 metros de distância, e de contato com a ofendida e familiares), ante a notícia de suposta prática da contravenção penal de perturbação da tranquilidade da vítima.

V - Mantidas as medidas protetivas há mais de 5 (cinco) meses, não consta, entretanto, tenha sido instaurada ação penal, sendo certo que o procedimento foi arquivado.

VI - A imposição das restrições de liberdade ao paciente, por medida de caráter cautelar, de modo indefinido e desatrelado de inquérito policial ou processo penal em andamento, significa, na prática, infligir-lhe verdadeira pena sem o devido processo legal, resultando em constrangimento ilegal.

Habeas Corpus concedido para cassar a r. decisão recorrida e revogar as medidas protetivas de urgência impostas em desfavor do paciente.

(HC n. 505.964/RS, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 1/10/2019, DJe de 11/10/2019.)

Entendo que, diante das boas práticas processuais, a natureza ambivalente das medidas protetivas de urgência não deve prosperar.

Isso porque, inicialmente, não há consenso sobre quais medidas cominadas em lei seriam de natureza penal e quais deteriam caráter civil.

Fora isso, o cunho de duplicidade poderia produzir maiores controvérsias em questões práticas, como por exemplo, o deferimento, em uma única decisão, de duas medidas protetivas, uma dita de caráter cível e outra dita de caráter penal.

Segundo tal raciocínio, devido à duplicidade de naturezas presente em tal decisão, a parte que desejasse recorrer deveria interpor dois recursos, um na

esfera cível e outro na criminal. Entretanto, tal situação é vedada pelo *princípio da unirrecorribilidade*, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro recurso visando à impugnação do mesmo ato judicial.

Mesmo óbice existiria quanto à execução da mencionada decisão: a medida cível seguiria o rito de obrigação de fazer, cominada no CPC/2015, enquanto a medida penal seria assegurada pela prisão preventiva do agressor.

Conforme explicita Julia Maria Seixas Bhechara, “ainda que se vislumbrem traços de caráter cível e traços de caráter penal, a boa técnica, pautada nos princípios da igualdade, da celeridade e da segurança – e, porque não dizer, no bom senso – impõe que se atribua natureza jurídica única a todas as medidas protetivas (BECHARA, Julia Maria Seixas. *Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência*. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 2 ago. 2022).

Não há uma resposta simples para esse dilema. De um lado, o reconhecimento de medidas protetivas de urgência de *natureza penal* é pautado pelas seguintes premissas: (I) elas são requeridas pela mulher na delegacia de polícia, quando do registro de ocorrência policial (art. 12, inciso III, da Lei 11.340/2006); (II) o descumprimento das medidas protetivas de urgência permite a decretação da prisão preventiva do agressor (art. 20 da Lei 11.340/2006 e art. 313, III, do CPP); (III) algumas das medidas protetivas de urgência, como as de afastamento do lar, proibição de aproximação e contato com a vítima e frequência a determinados lugares, previstas no art. 22, incisos II e III, da 11.340/2006, possuem paralelismo com as medidas cautelares criminais previstas no art. 319, incisos II e III, do CPP; e (IV) as medidas protetivas de urgência teriam natureza punitiva ou restritiva da liberdade, de forma que teriam necessariamente natureza penal.

Já de outro lado, a admissão da *natureza jurídica exclusivamente cível* às medidas protetivas de urgência é balizada pelas seguintes condições, como bem ilustra Thiago Pierobom Ávila:

(I) a permissão legal de ajuizamento da ação cível de proteção perante a autoridade policial (a qual funciona apenas como serventúria da justiça) e sem necessidade de intervenção de advogado tem apenas a finalidade de facilitar o acesso à justiça pela mulher em situação de violência doméstica; (II) o fato de uma medida cível ter possível repercussão na jurisdição criminal não a transforma

necessariamente em uma medida criminal, uma vez que o próprio CPP, em seu art. 92, admite a existência de questões prejudiciais da jurisdição cível a influenciar na jurisdição penal; (III) quando as medidas protetivas foram criadas, elas não possuíam qualquer simetria com as medidas cautelares criminais, criadas posteriormente pela Lei 12.403/2011, e o fato de (apenas) algumas das medidas protetivas terem simetria com posteriores medidas cautelares criminais não necessariamente as transforma em medidas cautelares criminais se há um direito fundamental autonomamente tutelável na esfera cível; ademais, a própria Lei Maria da Penha previu que elas teriam natureza cível, ao fazer referência, em seu art. 22, § 5º, à aplicação do art. 461 do CPC/1973, que então se referia à tutela inibitória das obrigações de fazer ou não fazer; e (IV) a finalidade das medidas protetivas de urgência não é punir o suposto agressor, mas proteger a mulher, e o requerido conserva seu direito de liberdade como regra geral, tendo apenas uma restrição espacialmente limitada e relacionada à proteção da esfera de direitos da mulher, como tutela de inibição de um novo ato ilícito (ÁVILA, Thiago Pierobom. *Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 157, 2019, p. 4.6-7).

Por tudo o que foi exposto, sem qualquer pretensão de esgotar a dogmática por trás da controvérsia aqui analisada, entendo que a definição da *natureza jurídica é exclusivamente cível* para as medidas protetivas do art. 22, 23 e 24 da Lei Maria da Penha, sendo a melhor que se amolda ao princípio da eficiência e segurança jurídica. Fora isso, tem *índole satisfativa e inibitória*, tendo em vista não servir de instrumentalidade a outro processo civil ou criminal, haja vista não se buscar necessariamente a eficácia prática da tutela principal. Logo, deve seguir as regras do CPC/2015, nos termos dos arts. 13 e 22, § 4º, da Lei 11.340/2006. Essa natureza propicia uma ampliação do espectro de proteção da Lei Maria da Penha, em comparativo com as medidas ao regime cautelar criminal.

3. Julgamento do caso concreto

O juízo *a quo* determinou as medidas elencadas no art. 22, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Lei 11.340/2006 e, na oportunidade, determinou a intimação do requerido e a citação com prazo de 5 dias para apresentar contestação, sob pena de revelia.

Com razão o procedimento adotado pelo juízo. Sendo de cunho civil as medidas de proteção direcionadas à mulher em estado de vulnerabilidade no âmbito doméstico e familiar, deve-se seguir o procedimento definido no CPC/2015, qual seja, o rito das tutelas de urgências, prevista nos arts. 294 e seguintes do CPC/2015, na parte em que não conflita com a Lei 11.340/2006.

Com efeito, a necessidade de se conferir a indispensável proteção à mulher vítima de violência não pode afastar as garantias processuais do requerido. O processo de conhecimento das medidas protetivas deve presar pelo devido processo legal, resguardando o contraditório e a ampla defesa, sendo os direitos fundamentais ao mesmo tempo fundamento e limite para as medidas protetivas de urgência

Ademais, caso após a citação válida não haja a resposta tempestiva por meio da contestação, ocorrerá a revelia com a respectiva presunção da veracidade dos fatos. Tal presunção não afetará eventual processo criminal, nem desnatura as medidas protetivas de cunho civil da Lei Maria da Penha, já que são complementares às medidas cautelares de natureza penal.

4. Dispositivo

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.