HARI, Johann. *Tras el grito* – Un relato revolucionario y sorprendente sobre la verdadera historia de la guerra contra las drogas. Trad. Maria Jose Viejo Perez. Barcelona: Paidós, 2015.

HART, Carl. *Um preço muito alto* – A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HOLIDAY, Billie. *Lady sings the blues* – A autobiografia dilacerada de uma lenda do jazz. Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

HUXLEY, Aldous. *As portas da percepção e céu e inferno*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla e Thiago Blumenthal. São Paulo: Biblioteca Azul, 2015.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LEARY, Timothy. *Flashbacks* – "Surfando no caos" – A história pessoal e cultural de uma era. Trad. Hélio Melo. São Paulo: Beca, 1999.

MARABLE, Manning. *Malcolm X* – Uma vida de reinvenções. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MATÉ, Gabor. *In the Realm of Hungry Ghosts*: close encounters with addiction. Berkeley: North Atlantic Books, 2010.

MORAES, Dênis; RAMONET, Ignacio; SERRANO, Pascual. *Mídia, poder e contrapoder* – Da concentração monopólica à democratização da informação. São Paulo: Boitempo, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno* – Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. LeonidasHegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas* – Tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2011.

RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. 5. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SINGER, Peter. *Libertação animal* – O clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais. Trad. Marly Winckler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SOARES DO BEM, Arim. *Paradoxos da diferença* – Etnicidade, inimificação e reconhecimento (Alemanha-Brasil). Curitiba: Appris, 2013.

TIBURI, Marcia; DIAS, Andréa Costa. *Sociedade fissurada* – Para pensar as drogas e a banalidade do vício. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Löic. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Seqüência* – Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

WILSON, Edward O. *A conquista social da terra*. Trad. Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

WINTER, Gustavo Schlupp. *A internação compulsória de dependentes de drogas* – Do mito da defesa social e ajuda compulsória à violência e exclusão social. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – Conferências de criminologia cautelar. Trad. Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012.

"MAKING A DRUG DEALER": O IMPACTO DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS E OS EFEITOS DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ NA CONSTRUÇÃO DO CASO RAFAEL BRAGA

"MAKING A DRUG DEALER": THE IMPACT OF POLICE TESTIMONIES AND JUDICIAL PRECEDENTS ON THE DEVELOPMENT OF RAFAEL BRAGA'S CASE

Salo de Carvalho[*]

Mariana de Assis Brasil e Weigert[**]

RESUMO: A partir da análise da sentença penal que condenou Rafael Braga pelos crimes de tráfico de drogas e de associação ao tráfico, o artigo problematiza, em primeiro lugar, os requisitos gerais de validade para aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ, que versa sobre a admissibilidade de condenação criminal com base exclusivamente em depoimentos policiais; e, em segundo, a qualidade do argumento judicial e a sua (des)conformidade com os pressupostos legal e constitucional para valoração da prova no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de drogas; depoimento policial; prova; política criminal; Rafael Braga.

ABSTRACT: Through the analysis of the criminal decision that condemned Rafael Braga for the crimes of drug trafficking and association with trafficking, this article analyses (a) the validity of general requirements for the application of the judicial precedents which considers the admissibility of criminal conviction based solely on police testimony, and (b) the quality of the judicial argument and its compliance or not with legal and constitutional requirements to assess evidence in criminal procedure.

[*] Professor Adjunto de Direito Penal, Departamento de Direito do Estado, Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito, Pós-Doutor em Direito Penal (Un. Bolonha), Criminologia (Un. Pompeu Fabra, Barcelona) e Filosofia Política (PUCRS).

[**] Professora Substituta de Direito Penal, Departamento de Direito do Estado, Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), Mestre em Criminologia (Un. Autônoma de Barcelona) e em Ciências Criminais (PUCRS) e Doutora em Psicologia Social (UFRGS).

CARVALHO, Salo de; BRASIL E WEIGERT, Mariana de Assis. "Making a drug dealer": o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula nº 70 do TJRJ na construção do caso Rafel Braga. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 45-77, 2018.

KEYWORDS: Drug trafficking; police testimony; evidence; criminal policy; Rafael Braga.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A imputação e o juízo de tipicidade: a denúncia e os fundamentos da condenação de Rafael Braga; 2 Condenação fundada exclusivamente nos depoimentos dos policiais militares. Súmula nº 70 do TJRJ: argumento de sustentação da decisão; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

1. O presente artigo reproduz, praticamente na íntegra, a primeira parte do parecer que elaboramos sobre o juízo de imputação na sentença condenatória proferida contra Rafael Braga no Processo Criminal nº 0008566-71.2016.8.19.0001, da 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro[1]. O parecer foi redigido após consulta formulada pelos Advogados Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, Ednardo Mota de Oliveira Santos, João Henrique de Castro Tristão Soares e Lucas da Silveira Sada, que atuam na defesa de Rafael Braga Vieira (Rafael Braga) por meio do *Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH)*.

Rafael Braga foi denunciado como incurso nos tipos penais dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal. A sentença julgou procedente a pretensão punitiva e condenou o réu, em 20.04.2017, às penas de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa.

A consulta formulada pelo IDDH foi delimitada nas implicações da decisão nos campos do direito penal e processual penal e referiu (*primeiro*) os *requisitos de validade para a aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ* ("O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação"); e (*segundo*) os *critérios de imputação e ao juízo de tipicidade dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006*.

O estudo é relativo, portanto, ao primeiro problema apresentado, materializado em duas questões específicas, cujas respostas serão apresentadas em forma de conclusão: (*primeira*) *Quais os pressupostos de validade para a aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ?*; (*segunda*) *No caso concreto (sentença condenatória de Rafael Braga), a aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade da prova?*

1 Agradecemos a mestranda Renata Saggioro Davis (UERJ), pela pesquisa jurisprudencial, e a acadêmica Mariana Ferreira (UFRJ), pela organização inicial da pauta de trabalho e pelos primeiros contatos com os advogados do Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH).

1 A IMPUTAÇÃO E O JUÍZO DE TIPICIDADE: A DENÚNCIA E OS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO DE RAFAEL BRAGA

2. Rafael Braga foi denunciado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro como incurso no art. 33 da Lei de Drogas, porque, em 12 de janeiro de 2016, por volta das 9 horas, na Rua 29, no interior da comunidade Vila Cruzeiro, Complexo do Alemão,

> com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó), distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição "CV-RL/PÓ 3/COMPLEXO DA PENHA", tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.[2]

Narra a denúncia que, nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de agir, igualmente agindo com consciência e vontade, Rafael Braga estaria "[...] associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à facção criminosa que domina o tráfico de drogas na comunidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006"[3], delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas.

Conforme a narrativa apresentada pela acusação, Policiais Militares da 7ª UPP do 16º Batalhão da PMERJ, em operação no interior da comunidade, foram informados por um morador de que um homem estaria "portando entorpecente com a intenção de comercializá-lo" (fls. 01 da sentença). Assim, ao realizarem diligência ao local, "os agentes visualizaram o denunciado Rafael Braga Vieira em poder de uma sacola de conteúdo suspeito", e que "[...] ao perceber a presença dos agentes da lei, o denunciado tentou se desfazer do material, arremessando a referida sacola ao solo"[4]. Na sacola teriam sido apreendidos a droga referida e um morteiro.

Instruíram o processo os autos de apreensão e os laudos (prévio e definitivo) da droga e do morteiro. Na instrução judicial, foram ouvidas 2 (duas) testemunhas arroladas pela acusação, 2 (duas) testemunhas referidas e 1 (uma) testemunha de defesa.

2 TJRJ, Processo Criminal nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Sentença Condenatória, fl. 01.

3 Idem, fl. 02.

4 Idem, fl. 01.

3. Após as alegações da acusação e da defesa, o julgador proferiu sentença, condenando Rafael Braga nos termos da denúncia. Na análise do mérito, fundamentou o juízo condenatório nas premissas que seguem.

Imputação do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006

Tipicidade objetiva (materialidade): (a) *laudos toxicológicos* – atestado de ser a substância apreendida droga ilícita; (b) *prova testemunhal* – depoimento dos policiais do 16º BPMERJ; (c) *acondicionamento da droga* – embalagens apreendidas que continham a inscrição "CV" ("Comando Vermelho"), sendo de conhecimento geral que aquela localidade seria dominada pelo "Comando Vermelho"; (d) *acondicionamento da droga* (segue) – substâncias entorpecentes encontravam-se fracionadas, o que indicaria estarem prontas para mercancia; e (e) *local* – ponto de venda conhecido.

Entrelaçando os argumentos, conclui o magistrado que "por consequência, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e local da apreensão, resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância, portanto, não tenho qualquer dúvida quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos"[5].

Tipicidade subjetiva (dolo)

Extraída das demais provas de corroboração da tipicidade objetiva: "Dolosa, assim, a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, visto que trazia consigo, para fins de mercancia, sem autorização legal ou regulamentar, as drogas descritas na denúncia"[6].

Autoria

(a) *Prisão em flagrante*; (b) *depoimentos policiais*: narrativa apresentada pelos policiais do 16º BPMERJ, que realizaram o flagrante, versões consideradas harmônicas; (c) *depoimento da testemunha de defesa*: apontado como isolado no contexto probatório e invalidado em razão de a testemunha ser considerada "amiga", em razão de frequentar a casa da genitora do acusado.

Após reproduzir os depoimentos prestados em juízo, o julgador, apoiando-se na Súmula nº 70 do TJRJ, disse que,

5 Idem, fl. 03.

6 Idem, fl. 07.

> nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito. Não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor, já estando superada a alegação de que uma sentença condenatória não pode se basear neste tipo de prova.[7]

Imputação do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006

Tipicidade objetiva (materialidade)

(a) *Credibilidade dos depoimentos policiais*: declarações "valiosas" prestadas pelos policiais militares que diligenciaram o flagrante (Pablo Vinícius Cabral e Victor Hugo Lago) – "os depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares responsáveis pela prisão do acusado merecem credibilidade, porquanto seguros e coerentes, guardam afinidade com a realidade fática trazida no contexto probatório. Ademais, não há qualquer motivo nos autos capaz de macular a isenção dos mesmos como testemunhas"[8]; (b) inscrição "CV" nas embalagens que continham maconha e cocaína, situação que indicaria a estabilidade do vínculo associativo; e (c) fracionamento da droga, o que evidenciaria a destinação para venda.

Conclui o julgador que,

> dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa "Comando Vermelho" é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como "sem terra", em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro. Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida. Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, sem que estivesse vinculado à facção criminosa "Comando Vermelho" daquela localidade.[9]

7 Idem, fl. 06.

8 Idem, fl. 08.

9 Idem, fl. 08.

Tipicidade subjetiva (dolo)

Apontada apenas no sentido de referendar a tipicidade objetiva: "Assim, dolosa a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o art. 35 da Lei nº 11.343/2006, eis que se associou de forma estável e permanente para a prática de tráfico de entorpecentes, conforme descrito na denúncia"[10].

Autoria

Fundada basicamente na prova oral (depoimentos policiais), nos termos da argumentação da definição da autoria do art. 33 da Lei de Drogas – "no que tange a autoria, a mesma é certa quanto ao acusado. Sob o crivo do contraditório foi produzida a prova oral formadora da convicção acerca da existência da conduta imputada ao réu, eis que estava associado para a prática do crime de tráfico de drogas"[11].

O julgador considerou robusto o conjunto probatório em desfavor de Rafael Braga no que diz respeito aos delitos de tráfico e associação para o tráfico, condenando-o nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006. Ato contínuo, fixou a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

2 CONDENAÇÃO FUNDADA EXCLUSIVAMENTE NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. SÚMULA Nº 70 DO TJRJ: ARGUMENTO DE SUSTENTAÇÃO DA DECISÃO

4. Embora sejam notórias as fragilidades em relação ao juízo de tipicidade que condenou Rafael Braga pelos delitos de tráfico e de associação ao tráfico – temas que foram abordados na segunda parte do parecer e que não está reproduzida neste artigo –, é possível notar, pela fundamentação judicial exposta, que *o pilar de sustentação da sentença é a credibilidade aferida aos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante.*

Nota-se da narrativa exposta pela acusação, a qual o magistrado adere para formar o juízo condenatório, que a palavra dos policiais do 16º BPMERJ (*primeiro*) valida a existência de informante que indica a prática de tráfico de drogas na região e (*segundo*) confirma a realização do comércio ilegal de droga por Rafael Braga.

10 Idem, fl. 08.

11 Idem, fl. 08.

A questão da autoria – e parte substancial do debate sobre a materialidade – restringe-se, pois, à validade dos depoimentos policiais como suficientes para a emissão do juízo condenatório. Não por outra razão, o julgador sustenta o argumento na Súmula nº 70 do TJRJ, a partir de duas premissas: (*primeira*) a presunção de regularidade *per se* que o exercício do cargo público detém – no caso, a palavra dos policiais teria fé pública e somente poderia ser refutada se apresentadas provas pela defesa de Rafael Braga que fossem suficientes para demonstrar má-fé ("não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência")[12]; e (*segunda*) a coerência (ausência de contradição) entre os depoimentos dos policiais, embora não tenham sido os únicos tomados em juízo ("os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor")[13]. Os argumentos foram apresentados em relação ao crime de tráfico e referidos, posteriormente, de forma sintética e remissiva, quando da análise da autoria do crime de associação ao tráfico.

5. A *presunção de regularidade dos atos dos agentes dos Poderes Públicos*, que fundamenta a Súmula nº 70 do TJRJ e sustenta o julgado em análise, é um dos pressupostos da Administração Pública nos Estados de Direito. Se o art. 37, *caput*, da Constituição estabelece que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, a decorrência imediata é a de que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira enfatizam que essa vinculação à constitucionalidade e à legalidade submete a atividade administrativa aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade[14]. Nos termos propostos por Ayres Brito, nos *Comentários à Constituição do Brasil*,

> dizer que a lei é o primeiro dos princípios regentes da administração pública, mas não o único (óbvio), é dizer que o Direito especificamente aplicável a esse tipo de administração começa com a lei, mas não termina com ela. O Direito ainda se manifesta em cada qual dos modos obrigatórios de aplicar a lei, que são os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia.

12 Idem, fl. 06.

13 Idem, fl. 06.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição do Brasil*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 228.

Segue o autor sustentando que "a Administração Pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios [impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia]"[15].

No exercício da função pública, portanto, supõe-se que o policial militar atue dentro da legalidade, sendo sua palavra, fundada nos princípios éticos da boa-fé e da probidade, comprometida com a veracidade dos fatos, notadamente em razão de validar importantes atos subsequentes, como indiciamentos, denúncias e decisões judiciais.

Esclarece Letizia Gianformaggio, porém, que o dogma da presunção de regularidade dos atos dos Poderes Públicos identifica a validade (das normas e das decisões) com a sua mera existência[16]. Significa dizer: confunde vigência (ato em si) com validade (conformação do ato com a Constituição e as leis). A existência do ato diz respeito à vigência. Todavia, o mero fato de existir não torna o ato *per se* válido (legítimo). A legitimidade diz respeito a sua conformidade constitucional.

A concepção puramente formal da validade dos atos dos poderes é fruto de uma simplificação derivada da incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado Constitucional de Direito. Segundo Ferrajoli, os conceitos de vigência e de validade são assimétricos e independentes: enquanto *vigência*, diz sobre a *forma* dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou subsunção das normas às regras de procedimento e competência; *validade*, corresponde ao significado (conteúdo), isto é, trata-se de uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas com os valores materiais encontrados nas Constituições[17].

Embora *vigência* (existência formal) e *validade* (conteúdo constitucionalmente conformado) não se confundam, devendo os atos guardar correspondência plena com o conteúdo material indicado pelas Constituições, em condições de normalidade – inclusive para que a burocracia dos Estados possa funcionar

15 BRITTO, Carlos Ayres. Comentário ao artigo 37, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 822.

16 GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). *Le Ragioni del Garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. p. 28.

17 FERRAJOLI, Luigi. El Derecho como Sistema de Garantías. *Jueces para la Democracia*, v. 16/17, p. 64, 1992.

regularmente – é suposta uma certa regularidade no funcionamento dos Poderes Públicos. Desde a base contratualista da fundação dos Estados de Direito, pressupõe-se a existência de um "bom poder" voltado para a efetivação dos direitos das pessoas e atento contra toda e qualquer possibilidade de sua lesão arbitrária.

O debate é relevante na análise do caso, porque a decisão condenatória, sustentada pela Súmula nº 70 do TJRJ, parece supor que os depoimentos policiais *per se* são válidos, ou seja, que sua simples existência formal (depoimentos prestados em juízo e submetidos ao contraditório) lhes conferem validade (correspondência aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade).

Como referido, é lógico que em *situações de normalidade democrática* poderia ser presumido que os atos dos poderes se encontram em harmonia com a Constituição, sendo, portanto, legítimos, idôneos e verídicos. Assim, o seu afastamento ocorreria nos casos em que haveria prova inequívoca em sentido contrário, como, aliás, é o entendimento dogmático majoritário.

No entanto, essa máxima que regula os modelos ideais típicos dos Estados de Direito é invariavelmente confrontada na análise da incidência real dos sistemas penais, isto é, quando colocada a prova no campo das práticas punitivas. Roberto Bergalli, a partir da análise empírica da atuação das agências penais, é extremamente perspicaz ao demonstrar que, historicamente, os sistemas punitivos não observaram os níveis possíveis de legalidade fixados pelas estruturas normativas. A situação é ainda mais grave na América Latina, local em que a regra é a inobservância dos níveis *mínimos* de legalidade, ou seja, dos parâmetros que dão as condições de verificabilidade da regularidade dos atos dos Poderes Públicos (punitivos)[18].

Nesse sentido, embora a Súmula nº 70 do TJRJ, que legitima a decisão que condenou Rafael Braga, encontre amparo dentro do sistema de princípios e de regras gerais de uma teoria geral do direito pensada para os Estados Democráticos – o que implica em dizer que no plano ideal é válida –, ao ser deslocada (*primeiro*) para os sistemas penais e, mais especificamente, (*segundo*) para os sistemas penais latino-americano e fluminense, seus efeitos devem ser, no mínimo, problematizados. Assim, se em um panorama ideal e abstrato a Súmula nº 70 do TJRJ instrumentaliza a legalidade e atesta a moralidade, a idoneidade e a veracidade dos atos dos agentes da polícia militar, no plano real e concreto pode produzir efeitos extremamente perversos se não for confrontada com as especificidades

18 BERGALLI, Roberto. Fallacia Garantista nella Cultura Giuridico Penale di Lingua Ispanica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). *Le Ragioni del Garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. p. 192.

do sistema penal e, havendo distorções, não forem relativizados os seus efeitos. Note-se, pois, que, se há uma racionalidade no ponto de partida (regularidade dos atos dos Poderes Públicos nos Estados de Direito), não necessariamente essa racionalidade será verificada no ponto de chegada (racionalidade dos atos da polícia militar do Rio de Janeiro). Em confronto com o real, uma carta de intenções racionais que afirma um pacto civilizatório pode produzir o seu exato oposto: a irracionalidade de práticas punitivas que reeditam estados de barbárie.

6. Demonstra Ferrajoli que a atividade policial é uma atividade administrativa formalmente organizada como dependente do Poder Executivo. Ocorre que "[...] diversamente dos outros ramos da administração pública, é uma atividade em contato direto com as liberdades fundamentais"[19].

Assim, podemos perceber que se no âmbito dos direitos sociais, por exemplo, é crível afirmar que a ação dos Poderes Públicos é "amiga dos direitos", tal assertiva não pode ser transposta acriticamente para o campo da intervenção policial. E não há, nessa afirmação, nenhum preconceito contra essa atividade. Todavia, seria no mínimo ingenuidade, mesmo no plano abstrato e teórico, imaginar que a ação de polícia, que não esporadicamente implica confronto, não seja uma atividade violenta que restrinja e, no limite, viole os direitos individuais. Não por outra razão Ferrajoli percebe uma *latente* ilegitimidade da atuação policial no Estado de Direito. Se a força policial se manifesta como violência, é dessa mesma violência que "provém sua latente ilegitimidade com respeito ao paradigma do Estado de Direito"[20].

Possível concluir, portanto, que, em relação à atividade policial, o princípio da regularidade dos atos dos Poderes Públicos é uma máxima sujeita à refutabilidade. Exatamente para reduzir as possibilidades ou as tendências inerentes ao exercício irregular da violência – "os casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas"[21], conforme leciona Nilo Batista – é necessário submeter a atividade policial à constante fiscalização. Fiscalização que também é judicial e que pode/deve ser exercida durante o acertamento dos casos penais concretos, no momento, por exemplo, de contextualizar e problematizar a presunção absoluta de veracidade de depoimentos policiais, notadamente em situações de baixa densidade democrática, como é possível perceber no caso concreto. Isso porque, novamente nas lições de Nilo Batista, o "sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas [e princípios gerais, inclua-se] que o delineiam"[22].

19 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998. p. 798 [tradução livre].

20 Idem, ibidem [tradução livre].

21 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 25.

No caso específico, a presunção (abstrata) de veracidade do depoimento dos policiais deve, necessariamente, ser submetida a alguns filtros: (*primeiro*) o filtro da experiência histórica da incidência dos sistemas penais na sociedade; (*segundo*) o filtro da experiência concreta da atuação do sistema penal latino-americano; e, no particular, (*terceiro*) o modo de atuar do sistema de polícia do Estado do Rio de Janeiro.

7. A série de problematizações apresentada, no sentido de relativizar o princípio geral que fundamenta a Súmula nº 70 do TJRJ, pode ser sintetizada na seguinte questão: *Qual o índice real de confiabilidade (princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade dos agentes da Administração Pública) do depoimento dos policiais militares que realizaram a prisão de Rafael Braga?*

Embora seja evidente que o indivíduo concreto não se confunde com a instituição que integra, é importante contextualizar os problemas concretos que atingem com impressionante regularidade a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Apesar de os sujeitos serem autônomos, ninguém é estrangeiro da sua própria cultura e as práticas institucionais acabam, em inúmeros casos, sendo incorporadas pelos processos de institucionalização que há muito tempo são estudados pela psicologia social (notadamente quando os indivíduos integram cadeias hierárquicas e burocráticas que facilitam a isenção e a transferência da responsabilidade do ato[23]).

Assim, se no plano ideal e abstrato a Súmula nº 70 do TJRJ poderia estar em harmonia com a principiologia que instrumentaliza a forma de atuação da Administração Pública, marcada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, no plano real e concreto pode produzir distorções e legitimar atos opostos a sua perspectiva racionalizadora.

> Em 2016, uma a cada seis pessoas assassinadas no Rio foi morta por um policial. De acordo com dados do Instituto de Segurança Pública (ISP), no ano passado, foram registrados 5.953 homicídios no estado. Desse total, 920 são os

22 Idem, ibidem.

23 Sobre o tema, foram inovadores os estudos no campo da psicologia social de Milgram, em 1969, na Universidade de Yale (MILGRAM, Stanley. *Obedience to Authority*. New York: Harper & Row, 1974) e de Zimbardo, em 1971, na Universidade de Stanford (ZIMBARDO, Philip. *O efeito lúcifer*. Rio de Janeiro: Record, 2013; e SURHONE, Lambert; TENNOE, Mariam; HENSSONOW, Susan (Ed.). *Stanford Prison Experiment*. La Vergne: Betascript, 2010).

> chamados autos de resistência - quando o policial alega que matou um criminoso em legítima defesa.
>
> O número de autos de resistência no Rio em 2016 é o maior desde 2009, quando o projeto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) estava em seu início. Desde 2013 – quando o número de autos de resistência foi o menor registrado na série histórica contabilizada pelo estado –, o índice não pára de aumentar ano a ano. De 2015 para 2016, o aumento foi de 43%. (*Jornal Extra*, 17 fev. 2017)[24]

Os números apresentados na matéria são conhecidos não apenas pela população, mas pelas autoridades públicas do Estado do Rio de Janeiro. São informações oficiais, baseadas em dados empíricos e apresentadas no início do ano corrente pelo Instituto de Segurança Pública (ISP).

Em julho de 2016, a Human Rights Watch publicou o relatório "O bom policial tem medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro" e constatou que

> as estatísticas oficiais sobre homicídios cometidos pela polícia corroboram o entendimento das autoridades de que execuções extrajudiciais são bastante comuns. O número de mortos por ação policial é muito maior do que o número de baixas na polícia, fazendo com que seja difícil acreditar que todas estas mortes ocorreram em situações em que a polícia estava sendo atacada.[25]

Todavia, para além da grave questão da letalidade policial, o relatório da Human Rights Watch documenta 64 casos, com 119 mortes, em que policiais militares acobertaram ou tentaram acobertar os homicídios[26].

24 SOARES, Rafael. Um em cada seis homicídios no Rio foi cometido por policiais em 2016. *Jornal Extra*, 17 fev. 2017. Disponível em: <http://extra.globo.com/casos-de-policia/um-em-cada-seis-homicidios-no-rio-foi-cometido-por-policiais-em-2016-20940865>.
No mesmo sentido, BIANCHI, Paula. Uma pessoa é morta pela polícia a cada 8 horas no Rio. *Uol Notícias*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/23/uma-pessoa-e-morta-pela-policia-a-cada-8-horas-no-rio>. Acesso em: 23 fev. 2017.

25 Human Rights Watch. O bom policial tem medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>. Acesso em: 7 jul. 2016.

26 "Uma técnica comum é remover o cadáver da vítima da cena do crime e levá-lo a um hospital, alegando a tentativa de 'socorrer' a vítima. Esses falsos 'socorros' servem para destruir provas na cena do crime ao mesmo tempo em que simulam um ato de boa-fé por parte dos policiais. Em alguns casos, policiais forjaram provas ao colocarem armas nas mãos das vítimas e as dispararem, ou, ainda, ao deixarem drogas junto aos seus corpos. Alguns policiais ameaçaram testemunhas para desencorajar depoimentos. Em um caso ocorrido em julho de 2011, por exemplo, policiais torturaram e mataram o filho de 14 anos da testemunha de uma execução anterior, ocorrida na favela do Salgueiro, com o objetivo de intimidá-la, de acordo com promotores de justiça." (Human Rights Watch. O bom policial tem medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>. Acesso em: 7 jul. 2016)

Fundamental perceber, ainda, que os dados apresentados pelos órgãos de monitoramento da segurança pública e pelos observatórios nacionais e internacionais de direitos humanos são aprofundados e validados por sérias pesquisas acadêmicas, desenvolvidas por importantes centros e baseadas em critérios metodológicos sofisticados e rigorosos[27].

Nota-se, porém, que os resultados apresentados sobre as práticas policiais no Rio de Janeiro não se restringem aos ambientes institucional ou acadêmico de pesquisa. A percepção da violência institucional, que gera uma significativa redução da credibilidade das ações policiais, é sentida de forma bastante evidente pela população carioca.

Pesquisa de opinião recentemente publicada aponta o baixo grau de confiança na Polícia Militar do Rio de Janeiro[28].

27 Nesse sentido, exemplificativamente: MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; NÉRI, Natasha Elbas. Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, edição especial, n. 1, p. 43-71, 2015; MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; NÉRI, Natasha Elbas. *Quando a polícia mata*: homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Necvu/Booklink, 2013; SOARES, Barbara Musumeci; MOURA, Tatiana; AFONSO, Carla (Org.). *Auto de resistência*: relatos de familiares de vítimas da violência armada. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009; VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*: uma prática ideológica do direito penal. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996; ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

28 "Pediu-se aos entrevistados que pontuassem de zero a dez seus graus de confiança nas polícias e na Justiça. A nota média dada à Polícia Militar foi bastante baixa (4,9) e inferior àquela atribuída à Polícia Civil (5,8)". No que tange à relação com a Polícia, "[...] embora o percentual de contatos positivos seja maior que o de negativos, 55% acreditam ser provável ou muito provável tornarem-se vítimas de violência policial e 39% temem ser confundidos com bandidos pela polícia". Assim, segundo o estudo, "não se pode dizer que a população carioca ignore ou minimize a violência excessiva e a seletividade na atuação policial. Pelo contrário, quase dois terços (62%) dos entrevistados concordam totalmente ou em parte com a afirmação de que a polícia no Rio de Janeiro mata demais e 70% discordam da ideia de que o problema da criminalidade se resolveria se a polícia tivesse 'carta branca para matar'. Além disso, 75% acreditam que a polícia é mais violenta na favela do que no asfalto e 66% acham que ela é mais violenta contra os negros que contra os brancos" (LEMGRUBER, Julita; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. *Olho por olho?* O que pensam os cariocas sobre "bandido bom é bandido morto". Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017. p. 16).

Fonte: LEMGRUBER, Julita; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. *Olho por olho?* O que pensam os cariocas sobre "bandido bom é bandido morto". Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017.

A enorme desconfiança da população em relação às práticas policiais decorre da percepção concreta dos tipos e das formas de abordagem realizadas no cotidiano da cidade, sobretudo nos locais de vivência da população mais vulnerável. Importante sublinhar que a conclusão não decorre de um mero exercício de abstração acadêmica – como muitas vezes é adjetivada a crítica à violência policial, com nítida intenção de desqualificar as tentativas de visibilização desse problema real. Com o crescimento do nível de violência por parte da polícia, são cada vez mais frequentes as notícias de abusos praticados pelas instituições militares.

Lembre-se, por exemplo, o caso da morte de Maria Eduarda dentro da escola em que frequentava e, na sequência, a execução dos dois suspeitos rendidos na parte externa da instituição de ensino.

> Um morador gravou a ação de dois PMs que acabavam de abater dois homens armados no exterior da escola onde Maria Eduarda morreu. Enquanto os rapazes caídos ainda se mexiam, um dos policiais se aproxima e pega um fuzil do chão para na continuação atirar duas vezes contra um deles. Um segundo policial aparece na cena e se aproxima do segundo homem para também disparar contra ele. Ambos PMs foram presos em flagrante por homicídio qualificado enquanto prestavam depoimento na Divisão de Homicídios da capital. O Rio registrou 182 mortes causadas por intervenção policial no começo deste ano

> (janeiro e fevereiro). É 78,4% mais que o contemplado nos dois primeiros meses de 2016.[29]

Os dados empíricos apresentados sobre violência e (falta de) credibilidade da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro convergem para a necessidade da análise da notícia publicada pelo *Jornal Extra*, em 01.07.2017.

EXTRA **Casos de Polícia**

PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do batalhão

Fonte: HERINGER, Carolina; MARINATTO, Luã. PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do batalhão. *Jornal Extra*, 1º jul. 2017. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860>.

Conforme a matéria, inquérito policial conduzido pela Delegacia de Homicídios de Niterói e São Gonçalo (DHNSG), no âmbito das investigações que redundaram na prisão de *96 policiais militares acusados de receberem dinheiro do tráfico com o objetivo de não coibirem o comércio de drogas (tornadas) ilícitas*, conseguiu demonstrar a existência de ações coordenadas entre agentes do 7º Batalhão da Polícia Militar e traficantes da região. Assim, os policiais militares faziam operações combinadas com os comerciantes de drogas, que separavam determinada quantidade exatamente para satisfazer a necessidade de apreensões. Ocorre que a autoria dos delitos, com frequência, era atribuída a consumidores de entorpecentes:

> os PMs faziam apreensões de drogas após combinação com os traficantes, que deixavam os entorpecentes em endereços já acertados. Os policiais, então, abordavam usuários no morro e os levavam para a delegacia, alegando que eles eram os responsáveis pela droga encontrada. Na unidade, os usuários acabavam sendo autuados por tráfico de drogas.[30]

29 MARTÍN, Maria. Execução policial e estudante morta em tiroteio: o Rio mergulha na barbárie. *El País Brasil*. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/politica/1490974463_586184>. Acesso em: 31 mar. 2017.

30 HERINGER, Carolina; MARINATTO, Luã. PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do batalhão. *Jornal Extra*, 1º jul. 2017. Disponível em: <https:

Na reportagem, o Delegado Assistente da DHNSG detalha o procedimento dos policiais: "Os PMs alegavam (aos criminosos) que precisavam não só bater a meta de apreensões de drogas e armas, mas também a de prisões"[31].

A atribuição de responsabilidade criminal por tráfico de drogas a usuários – e, inclusive, a membros das comunidades que não possuem qualquer relação com o consumo ou comércio de drogas ilegalizadas –, para "atingir a meta de prisões e apreensões" do Batalhão ou para realizar retaliações ou para proteger determinadas pessoas, infelizmente não é uma prática esporádica e que deva simplesmente ser desconsiderada em casos como o de Rafael Braga. Pelo contrário, essa realidade deve servir como elemento de sensibilização ou filtro para a interpretação dos elementos de prova que compõem os autos.

Com isso não se quer, repita-se, generalizar a desconfiança a todos os relatos policiais prestados em juízo. Como se sabe, existem policiais militares dignos e que resistem às situações de violência e às práticas corruptivas. No entanto, os dados concretos do cotidiano das instituições policiais apresentados igualmente não permitem uma generalização da conclusão oposta, ou seja, não permitem que se tenha como máxima indiscutível a credibilidade dos depoimentos policiais, como acaba acontecendo no momento em que a Súmula nº 70 é incorporada acriticamente nos procedimentos judiciais.

Nesse sentido, parece ser fundamental, antes de se tomar a Súmula nº 70 como dogma, levar em consideração as particularidades do sistema penal brasileiro e analisar os elementos de prova que integram o processo para verificar se efetivamente, no caso concreto, o entendimento pretoriano consolidado é coerente e racional.

8. O argumento de legitimação da Súmula nº 70 no universo dos julgados do TJRJ é o de que (*primeiro*) na ausência de outros elementos de prova e (*segundo*) sendo harmônicos os testemunhos policiais, a condenação com base exclusiva nestes depoimentos é válida. Pressupõe-se, portanto, uma determinada situação fática: *um conjunto probatório reduzido exclusivamente aos depoimentos de policiais militares que narram, de forma coerente (sem contradições), os fatos objeto do julgamento.*

A Súmula nº 70, portanto, além de ser uma diretriz geral pensada para um estado de coisas ideal no qual os agentes policiais pautam suas ações em estrita observância aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade – motivo

//extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860>. Acesso em: 1º jul. 2017.

31 Idem.

pelo qual a realidade empírica dos sistemas penais e das instituições policiais fluminenses devem servir como contraponto ao seu "valor absolutizado", conforme demonstrado anteriormente –, pressupõe (*primeiro*) *a inexistência (ou a impossibilidade de produção) de qualquer outra prova* e (*segundo*) *a coerência dos relatos policiais.*

Ocorre que, no caso, para além da necessidade de relativização da Súmula nº 70 em decorrência dos problemas fáticos que afetam diretamente a credibilidade dos agentes da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, essa situação de impossibilidade de produção ou de ausência de outras provas não se concretizou. *Primeiro*, porque foi colhido depoimento que se contrapõe à narrativa dos policiais; *segundo*, porque os policiais foram contraditórios em relação à fonte que teria "informado de um grupo comercializando droga" e sobre a trajetória percorrida após a prisão; *terceiro*, porque as circunstâncias da prisão são extremamente dúbias (informação sobre o número de pessoas; narrativa sobre a conduta de Rafael Braga, que, ao ver os policias, teria ficado parado, portando "uma sacola de conteúdo suspeito", enquanto todos os demais empreendiam fuga); e *quarto*, porque as circunstâncias da prisão não condizem, pelas regras de experiência, às hipóteses de tráfico em associação (pequena quantidade de droga apreendida, horário do pretenso comércio, ausência de rede de proteção ao tráfico, ausência de confronto com a polícia, falta de tentativa de fuga, não apreensão de arma ou de valores em moeda).

Iniciaremos a problematização reconstruindo a narrativa dos policiais e, ato contínuo, apresentando o que consideramos lacunas (questões sem resposta) e inconsistências fáticas insuperáveis nos depoimentos.

9. A primeira imagem [*cena um*], a que devemos nos ater, é a da construção da narrativa policial no seu ponto desencadeador: Pablo Vinicius Cabral, policial militar, informa que um colaborador, morador da comunidade e *não identificado*, dirigiu-se à guarnição policial para denunciar comércio de drogas na região.

A *primeira controvérsia* na narrativa dos policias é em relação à denúncia do morador não identificado, pois se, em sede policial, Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago afirmam que a informação foi de que "havia um indivíduo a poucos metros do local onde se encontravam com material entorpecente a fim de comercializá-lo. Ato contínuo, foram até o local informado e encontraram Rafael Braga Vieira", em juízo a conduta unitária é transformada em pluripessoal: "Um colaborador veio até a guarnição informar que existia um grupo de pessoas co-

mercializando drogas umas duas ruas à frente. Nós fomos lá verificar e eu avistei um grupo correndo, só que o meliante ficou"[32].

A *segunda controvérsia* é a do destinatário da informação prestada pelo morador não identificado: Pablo Vinicius Cabral diz ter sido abordado diretamente – "Juiz: Aí, eu acho que o doutor advogado está querendo dizer é que senhor lá falou 'quando um morador não identificado informou que havia um indivíduo' e aí aqui, quando o senhor respondeu para a doutora promotora o senhor falou que seria um grupo. Aí ele está querendo entender. Testemunha: É, foi o que eu falei. Na dinâmica que o morador veio falar comigo, de repente tinha um, mas quando eu fui lá era um grupo"[33] –, enquanto Victor Hugo Lago, que fazia patrulhamento com o primeiro, refere ter sido a informação passada por outro policial que havia recebido originalmente a denúncia – "Defesa: Voltando à questão do colaborador que teria feito a denúncia anônima. O senhor teve essa informação a partir de quem? Testemunha: De outro policial. Defesa: Qual policial que disse isso? Testemunha: Foi o soldado Lopes, de outra equipe. Defesa: O quê exatamente ele disse? Testemunha: Ele me ligou e disse, 'olha, um morador passou aqui e disse que tava tendo tráfico lá na 29. Dá um pulo lá que vocês estão perto'"[34].

A *terceira controvérsia*, mas que ainda compõe essa primeira cena, é relativa ao desdobramento da prisão. Victor Hugo Lago informa que Rafael Braga foi conduzido diretamente para a Delegacia – "Defesa: Boa tarde, senhor policial. Como é que foi a rotina a partir da captura? O que aconteceu depois? Testemunha: Nós voltamos com ele até onde estava a viatura, próximo do local onde ia ser colocada a cabine blindada. Ele adentrou no interior da viatura e conduzimos ele até à delegacia. Defesa: Houve algum tipo de agressão, alguma situação de domínio que precisou ser colocada alguma força contra ele? Testemunha: Não, ele não resistiu em momento nenhum. Defesa: Vocês chegaram a levá-lo para a base da UPP de vocês? Testemunha: Direto para delegacia" –, ao passo que Pablo Vinicius Cabral e Fernando de Souza Pimentel afirmam ter sido levado ao contêiner da Vila Cruzeiro – "Testemunha: O container Vila Cruzeiro. Foi encaminhado ele até o container Vila Cruzeiro. Ele saiu, aproximadamente uns 600 metros do local onde a gente pegou e caminhando até o container da Vila Cruzeiro" (Pablo Vinícius Cabral, 15:00 do depoimento judicial); "Defesa: Então ele não foi levado direto à delegacia? Ele foi para a base blindada e depois para a delegacia? Testemunha: É porque nós não temos viaturas à disposição. Muitas quebradas,

32 TJRJ, Processo Criminal nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Depoimento Judicial.

33 Idem.

34 Idem.

enfim, poucas viaturas para todas as equipes que trabalham na Vila Cruzeiro. Então a gente tem essa logística de, às vezes, uma viatura a gente está usando e cede para outro colega para levar, alguma outra condução administrativa. Então, isso é praxe. Geralmente, quando nós pegamos alguma ocorrência que estamos a pé no interior da comunidade – porque tem pontos lá que não tem como patrulhar de veículo embarcado – nós fatalmente pegamos o elemento, se for o caso de ocorrência, e conduzimos até a parte baixa, onde embarca na viatura, para levar para a delegacia"[35].

Note-se que as três controvérsias apresentadas não são laterais. Não se trata do tipo de informação em que comumentemente são apresentadas variações naturais entre as versões. Os *dados são relevantes*: Quem prestou a informação? Quantos estavam comercializando a droga? Para onde o flagrado foi levado?

Portanto, não é possível afirmar, como faz o julgador na sentença, que o depoimento dos policiais é "[...] coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor"[36].

Neste contexto, o fato relevante da falta de esclarecimento do motivo pelo qual o colaborador não tenha sido identificado e trazido aos autos para depoimento não pode igualmente ser tratado como secundário. Logicamente que a polícia faz uso de informantes, que preferem o anonimato para se proteger de retaliações de grupos ligados ao tráfico. Apesar do fato de o depoimento poder ser tomado sob sigilo, situação que garantiria uma qualidade diferenciada da prova, em nenhum momento os policiais indicaram quais as razões apontadas pelo colaborador para suspeitar do grupo. O esperado é, no mínimo, um esclarecimento do motivo da suspeita, por exemplo: O colaborador não identificado presenciou a venda de droga pelo grupo? Se negativa a resposta, quais os indícios que justificaram a suspeita?

10. A *cena dois* é o momento da abordagem de Rafael Braga pelos policiais militares. Na justificativa, os policiais referem que havia um grupo comercializando droga e que, com a aproximação, todos fugiram, restando apenas Rafael Braga, "parado, distraído", portando uma "sacola suspeita". Algumas questões são interessantes nessa segunda cena. *Primeira*: Qual a razoabilidade de se pensar que uma pessoa que integra um grupo que está vendendo drogas fique parada, distraída, com uma sacola contendo drogas?; *segundo*: Posteriormente, ao notar a presença dos policiais, qual o motivo para não tentar fugir ou, ao menos, resistir

35 Idem.

36 Idem, Sentença Condenatória, fl. 06.

prisão (situação não narrada pelos policiais), enquanto todos os demais fogem?; *terceiro*: Qual a lógica de "arremessar a sacola ao chão"?

Nesse quadro ainda caberia uma pergunta: Por que os policiais não se esforçaram, após a prisão de Rafael Braga, para prender os demais membros do grupo? Qual a razão de terem ficado "satisfeitos" com a prisão de apenas um dos "membros da facção"?

Mas pensemos de forma fragmentada na *composição das cenas*, analisando a narrativa passo a passo: (*um*) um morador não identificado comunica ao policial *ou* a sua guarnição que um indivíduo *ou* grupo está vendendo droga (o colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento e não realiza reconhecimento dos membros do grupo); (*dois*) na aproximação policial todos fogem, menos Rafael Braga, que fica "parado, distraído" e, finalmente, ao notar a aproximação da polícia, "arremessa a sacola ao chão"; (*três*) os policiais prendem Rafael Braga e não empreendem qualquer outro esforço (perseguição, chamada de reforço) para capturar os demais membros do grupo.

Importante ainda explorar um dos argumentos utilizados para justificar a abordagem de Rafael Braga: o fato de ter "em poder uma sacola de conteúdo suspeito". Há, inclusive, uma contradição ou descontinuidade nas falas: como identificar alguém com uma "sacola suspeita" se essa mesma sacola teria sido "arremessada ao chão"? Embora essa narrativa descontínua tenha sido compartilhada entre os policiais, indagamos: Como seria possível afirmar-se *ex ante* que uma sacola (qualquer sacola, embalagem ou mala) tem conteúdo suspeito antes de se ter acesso ao conteúdo do recipiente? A questão, novamente, não é lateral, pelo contrário. Trata-se de um ponto central, porque é um dos argumentos utilizados para motivar a abordagem policial. Seria possível, assim, imaginar que existem "sacolas intrinsecamente suspeitas"? Com o devido respeito, o argumento é insustentável do ponto de vista da análise probatória e, pelos efeitos concretos que produziu, é trágico pensar em uma sentença que aceita essa hipótese sem qualquer credibilidade fática.

11. Nesse cenário pouco esclarecedor, uma *lacuna* não explorada pela polícia, pela acusação e pelo órgão jurisdicional nos parece ser decisiva, representando uma espécie de silêncio narrativo ensurdecedor.

O julgador se utiliza de máximas de experiência para afirmar a participação de Rafael Braga em associação criminosa, mais especificamente de que integraria o Comando Vermelho. A conclusão é ancorada na regra de experiência de que, em uma comunidade dominada pela referida facção, ninguém poderia vender droga sem estar autorizado, ou seja, sem integrar o grupo criminoso. O argumento pode ser explorado, preliminarmente, apontando-se a nítida violação à regra do NCPC, que considera imotivada (e, portanto, nula) a decisão que "invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão" (art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil), ou seja, essa hipótese justificaria qualquer ato ilegal praticado na comunidade, não apenas relacionado ao tráfico, como conduta derivada de associação ao crime, porque, pela regra da experiência, em comunidades dominadas por facções qualquer conduta ilícita deve ser autorizada sob pena de retaliação.

Mas seguindo a linha proposta pelo julgador: se a máxima de experiência indica que Rafael Braga e os demais membros do grupo (fugitivos) pertenciam ao Comando Vermelho; e se, em decorrência desse pertencimento, havia uma certa organização nas atividades ilícitas, sobretudo o tráfico de drogas, *não seria crível pensar que haveria uma rede de proteção desse comércio ilegal? Ou, no mínimo, que Rafael Braga estivesse armado?*

A propósito, não é uma regra de experiência que o tráfico, ao definir pontos de venda em comunidades, cria mecanismos de proteção exatamente para evitar prisões em casos de abordagens policiais, como rotas de fuga? Não é uma máxima da experiência o uso de menores de idade como informantes que utilizam celulares, rádios, foguetes ou "pipas" para avisar quando policiais ingressam em área de comércio de drogas? Por que, no caso de Rafael Braga, se crível a hipótese de ser integrante do Comando Vermelho, nenhuma dessas tradicionais redes de proteção foi acionada?

Mas o argumento que chama mais atenção é o de que *Rafael Braga foi preso desarmado*. Novamente na linha do argumento judicial é possível questionar: *Não é uma máxima de experiência que pessoas associadas ao tráfico de drogas, que praticam o comércio ilegal em grupo, portem, em regra, armamento (e armamento pesado, sublinhe-se)?*

No caso – e essa conclusão é trágica e sintomática –, as regras de experiência serviram apenas para a incriminação de Rafael Braga, quando outras, igualmente evidentes e até mesmo com maior grau de factibilidade, simplesmente foram esquecidas ou ignoradas.

12. A *cena três*, desde o ponto de vista dos pesquisadores, revela uma das *omissões* mais contundentes na análise do conjunto probatório. A terceira cena pode ser imaginada como uma ruptura no "relato oficial" (depoimento dos policiais), como a gravação de uma imagem paralela, realizada por um terceiro observador (testemunha ocular) que simplesmente não ganhou qualquer relevância. Pelo contrário, foi injustificadamente desprezada. Aliás, importante lembrar que é exatamente essa condição de terceiro espectador que legitima alguém como

testemunha válida, em posição de imparcialidade real, diferente daquela que, no caso, ocupam, por exemplo, os policiais envolvidos no flagrante.

Não é irrelevante lembrar que *os policiais, como agentes da lei que realizaram a abordagem e a prisão em flagrante, têm, inegavelmente, interesse em manter válida a sua narrativa*. Sob pena, inclusive, de estarem vulneráveis aos procedimentos investigatórios de eventuais irregularidades nos campos administrativo e criminal. A questão é relevante e, por si só, problematizaria de forma contundente a absolutização da Súmula nº 70 do TJRJ.

No caso, diferentemente do que parece ser o fundamento de legitimidade da súmula – estabelecer a presunção de legalidade e moralidade da palavra dos policiais quando os depoimentos são coerentes e não há outra prova trazida aos autos, conforme destacado anteriormente –, prestou depoimento uma testemunha que presenciou os fatos e que narra uma sequência totalmente diversa daquela expostas pelos agentes da lei. A observadora externa, que compareceu em juízo, *prestou compromisso* e *não foi contraditada pelo Ministério Público*, é a moradora da comunidade Evelyn Barbara Pinto Silva, presente no momento do flagrante.

Na sentença, o julgador apresenta a sua leitura do depoimento:

> Segundo a aludida testemunha Evelyn Barbara, foi possível observar da varanda de sua casa o réu Rafael Braga sozinho, sem qualquer objeto em suas mãos, sendo abordado e agredido pelos policiais militares. Ato contínuo, narrou a aludida testemunha Evelyn que o acusado foi arrastado por um policial até a parte baixa da rua, o que comprometeu a sua visão.[37]

O julgador desqualificou a fala da testemunha em razão de ter dito "[...] que era amiga e frequentava a casa da genitora do acusado por muitos anos", concluindo, portanto, que "[...] as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado Rafael Braga em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo 'por muitos anos' como vizinho"[38].

Algumas questões merecem ser exploradas. Em *primeiro*, o fato de a testemunha não ter sido contraditada pela acusação e de ter prestado compromisso no momento do seu depoimento. A circunstância, por si só, é relevante porque ser "amiga da mãe" e "vizinha" não são elementos que invalidam o depoimento de testemunhas. Se houvesse dúvida quanto à idoneidade do testemunho ou à existência de relação de "amizade íntima" entre a testemunha e o réu, *caberia à*

37 Idem, fl. 07.

38 Idem, fl. 07.

acusação realizar a contradita e a depoente ser ouvida como informante, nos termos do art. 447 do NCPC (Lei nº 13.105/2015)[39]. Não houve contradita, porque as relações de vizinhança e de amizade com a mãe do réu não são causas impeditivas (suspeição) ao testemunho. Ademais, cabe indagar se, em não havendo contradita, poderia o juiz, na sentença, sem provocação, ter "reconhecido a relação de intimidade" e afastado o depoimento em razão dessa "suspeição"? Conforme a estrutura do processo penal constitucional brasileiro, moldado a partir do sistema acusatório, a resposta parece ser negativa.

Em *segundo*, a estrutura narrativa do depoimento demonstra uma evidente intenção de expor aquilo que efetivamente foi presenciado pela testemunha. Note-se que a depoente apresenta uma visão não total do fato, porque admite que não teve condições de seguir observando o evento porque Rafael Braga teria sido levado para um local que obstaculizava sua visão. Assim, é possível indagar se efetivamente o depoimento é "comprometido" com a versão da defesa – nos termos em que conclui o julgador –, por qual razão a testemunha limitaria a narrativa e não apresentaria um relato mais completo? A interrupção no relato torna possível concluir – inclusive se interpretado como máxima de experiência – em sentido radicalmente oposto à conclusão apresentada pelo magistrado, ou seja, de que o relato foi voluntário (isto é, não foi construído artificialmente) e idôneo, exatamente em decorrência das circunstâncias apresentadas.

No ponto, importante reproduzir algumas informações:

Testemunha [Evelyn Barbara Pinto Silva]:

39 "Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
[...]
§ 2º São impedidos: I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II – o que é parte na causa; III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.
§ 3º São suspeitos: I – o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II – o que tiver interesse no litígio.
§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.
§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer."

Foi assim, eu estava no muro da minha casa. Tem uma varanda que cai para rua. Ele estava passando, estava até balançando os braços. Eu mexi com ele, chamei ele pelo jeito que a gente chama que é de "poder". Ri para ele, brinquei, ele passou. Quando ele chegou um pouquinho à frente, tinha uns policias que abordaram ele. No meio desses policiais tinha um branco, alto, do nariz bem fino, que jogou ele no canto, começou a bater nele. Bateu muito nele. Depois arrastou ele, tipo porque, na minha rua tem uma subida e tem uma descida. Ele tipo que jogou ele para descida e jogou ele para o canto da parede. Dali, não dava mais para eu ver. Como não dava mais para ver, eu peguei e fui lá correndo chamar a mãe dele. Fui lá correndo chamar a mãe dele, e, quando a mãe dele chegou, já tinham levado ele. Foi isso que aconteceu.

Defesa: Quando você o avistou, ele estava com alguma coisa na mão?

Testemunha: Não, ele estava balançando os braços. Ele estava andando balançando os braços. Ele estava sem nada na mão [...].[40]

Importante destacar essa circunstância: a testemunha chama Rafael Braga de "poder" exatamente pela forma como estava andando, gesticulando os braços, o que demonstra que não trazia nada, nenhuma sacola, nas mãos. Outra questão relevante é o fato de que, pela quantidade apreendida, dificilmente a droga seria carregada em sacola. O mais provável, pelas regras de experiência, é que estivesse nos bolsos.

Defesa: E você estava de cima?

Testemunha [Evelyn Barbara Pinto Silva]: Estava. Como eu estava na varanda, quando eles jogaram ele para a rua debaixo, assim, para a descida, eu fui para a minha janela de cima que dali dá pra ver mais. A visão é mais ampla.

Defesa: Que horas eram?

Testemunha: Era a hora das crianças irem para escola. Era umas 07:30h, 07:40h.

Defesa: Não passou de 08:00h da manhã?

Testemunha: Não passou. [...]

Defesa: Como ele estava vestido?

Testemunha: Ele estava com uma bermuda preta e estava com uma blusa escura, se não me engano.

Defesa: Uma blusa escura? Ele estava com uma bermuda preta e uma blusa escura?

Testemunha: É, se não me engano ele estava com uma blusa escura.

Defesa: Entendi. Ele estava sozinho na hora que foi abordado?

40 TJRJ, Processo Criminal nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Depoimento Judicial.

Testemunha: Sim, estava sozinho.

Defesa: Tinha um grupo de pessoas com ele?

Testemunha: Não, ele estava sozinho.

Defesa: Não tinha mais ninguém ao redor dele?

Testemunha: Não tinha. [...]

Defesa: Entendi. Você não chegou a acompanhar a condução dele não? A saída da viatura com ele?

Testemunha: Não, porque como eles estavam batendo muito nele, jogaram ele para a rua debaixo, eu fui chamar a mãe dele, para a mãe dele ir lá.

Defesa: E quando a mãe dele apareceu, eles já tinham levado o Rafael?

Testemunha: Sim, já tinham levado.

Defesa: Que nada trazia nas mãos, nesse dia?

Testemunha: Nada.

Defesa: Quantos policiais participaram da abordagem a ele?

Testemunha: Assim que chegou eram quatro, depois encheu. Ficou muito cheio. Aí foi quando eu fui chamar a mãe dele, que começaram a bater nele, jogaram ele para a rua debaixo. Aí eu fui chamar a mãe dele correndo.

Defesa: Eram visíveis essas agressões de onde você estava?

Testemunha: Era visível porque era na rua.[41]

Os dados são relevantes: Rafael Braga estava sozinho, sem nada nas mãos, conversando com a testemunha, quando foi abordado e agredido pelos policiais.

A conclusão é a de que, no mínimo, *há uma versão idônea que se contrapõe àquela apresentada pelos policiais*. E mesmo se a versão pudesse estar comprometida pelos laços de vizinhança e amizade da testemunha com a mãe de Rafael Braga, a situação probatória seria a da existência de versões conflitivas de sujeitos que possuem interesse em manter suas versões: a *testemunha*, pelos laços de vizinhança e amizade com a mãe do réu; os *policiais*, em face da acusação da violência empregada e de terem forjado o flagrante.

Nesse conflito – se, por hipótese, desqualificada a fala de Evelyn Bárbara, o que não nos parece ser a melhor interpretação do conjunto probatório –, resta uma situação de dúvida razoável que necessariamente deve conduzir à absolvição de Rafael Braga. No contexto narrado, a partir das circunstâncias fático-probatórias apresentadas e que tornam hígido o depoimento de Evelyn Bárbara,

41 Idem.

o *princípio da presunção de veracidade do depoimento dos policiais*, instrumentalizado pela Súmula nº 70, não pode afastar o *princípio do in dubio pro reu*, critério de maior relevância na interpretação da prova nos sistemas de processo penal dos Estados Democráticos de Direito.

13. Mas uma outra cena (*cena quatro*) deve ainda ser agregada ao evento: Rafael Braga estava em livramento condicional, monitorado eletronicamente pelo Departamento Penitenciário do ERJ. Nesse sentido, é questionável a ausência, nos autos, do relatório completo do sistema de controle que permitiria reconstruir a trajetória percorrida após a prisão. O fato é notório e reconhecido pelo próprio julgador ao realizar a dosimetria da pena (pena-base): "O acusado na ocasião de sua prisão encontrava-se em gozo de benefício extramuros, inclusive fazendo uso de tornozeleira eletrônica, como esclareceu na quando de seu interrogatório"[42].

O mapa do trajeto é fundamental para validar uma das inúmeras narrativas do que houve após o flagrante.

O objetivo primeiro da utilização da tornozeleira eletrônica é o monitoramento de todas as ações de investigados, réus ou condenados. Assim, não tem sentido que, em estando Rafael Braga sob monitoramento, os registros oficiais não tenham sido explorados, notadamente quando há conflito entre as versões dos policiais e entre essas e a do réu. Por outro lado, não parece ser uma prova difícil de ser disponibilizada, pois de posse das próprias autoridades públicas do ERJ.

14. Ao final, pensemos em recompor os fragmentos das distintas cenas desse evento, que, na tradição da atual dramaturgia de documentários, poderia ser nominado "*making a drug dealer*"[43]: (*um*) um morador não identificado comunica a um policial *ou* à guarnição policial (há divergência na versão) que uma pessoa *ou* um grupo (também há divergência entre as versões) está vendendo droga; (*dois*) o colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento e não realiza reconhecimento dos membros do grupo; (*três*) a informação é sobre prática de venda de drogas em uma comunidade, perto do comércio local e nos primeiros horários da manhã; (*quatro*) na aproximação policial todos os supostos traficantes fogem, menos Rafael Braga, que fica "parado, distraído" e, finalmente, ao notar a aproximação da polícia, "arremessa a sacola [que continha droga] ao chão"; (*cinco*) os policiais prendem Rafael Braga, que não resiste, e não realizam qualquer outro esforço (perseguição, chamada de reforço) para capturar os demais membros do grupo; (*seis*) Rafael Braga, supostamente membro de uma facção, é preso desarmado e, apesar de negociante de drogas, sem dinheiro; (*sete*) embora integrante de uma facção criminosa organizada, o grupo não contava com qualquer rede de proteção/aviso, de uso típico e frequente pelos grupos do crime organizado do Rio de Janeiro, inclusive pelo Comando Vermelho; (*oito*) uma testemunha presencia o fato e reconhece que Rafael Braga estava sozinho, não portava nenhuma sacola e foi levado para "a parte baixa da rua", mediante agressões, em versão que se harmoniza à do réu, mas que é totalmente descartada na decisão; (*nove*) Rafael Braga estava sendo controlado eletronicamente pelo Departamento Penitenciário e a prova que confirmaria (ou não) a sua versão não é trazida aos autos; (*dez*) os policiais militares divergem (novamente) em relação ao trajeto pós-detenção, informando que Rafael teria sido encaminhado para a base da UPP ou para a Delegacia; (*onze*) o réu é condenado exclusivamente pelo depoimento dos policiais que realizaram a abordagem e que, logicamente, em decorrência da sua atividade, possuem interesse em validar a sua versão, visto que foram acusados de implantar droga e agredir Rafael Braga.

42 Idem, Sentença Condenatória, fl. 09.

43 Referência à série "*Making a Murderer*" (Netflix, 2015), documentário que desnuda o sistema de justiça norte-americano ao narrar como um homem é inocentado por provas de DNA após anos na prisão.

Pensamos que *os elementos postos anteriormente são suficientes para problematizar a credibilidade da prova produzida* e, no mínimo, produzem um *estado de dúvida razoável acerca das circunstâncias fáticas que ensejaram a prisão*, o que deveria direcionar a conclusão do julgamento em sentido oposto ao da condenação. Em síntese, as várias cenas que compõem o cenário da prisão, analisadas em sua autonomia, formam um quadro em que emergem inúmeras dúvidas e que não sustentam, exatamente em decorrência da ausência de uma estabilidade fático-probatória, um juízo condenatório.

Entre todos os elementos, a instabilidade probatória atinge a centralidade do argumento judicial que legitima a condenação: a Súmula nº 70 do TJRJ. No caso, a relativização e o afastamento da Súmula nº 70 são necessários em decorrência de (*primeiro*) os depoimentos policiais não serem isolados, visto que havia outra testemunha presencial; (*segundo*) inexistir coerência entre os depoimentos policiais e entre o dos policiais e o da testemunha ocular; (*terceiro*) a testemunha ocular (bem como o réu) afirma terem os policiais agido com violência, o que denota o interesse dos agentes públicos na demanda; e, finalmente, (*quarto*) não ter sido contraditada a testemunha de defesa, o que significa que prestou testemunho sob compromisso e, assim sendo, não pode ser simplesmente desqualificada sua palavra com base na relação com a mãe do acusado.

As presunções - no caso, a da legalidade e moralidade dos agentes da Administração Pública - possuem uma função extremamente importante no pro-

cesso, qual seja, a de fornecer critérios de decidibilidade quando instável a prova, notadamente em face da proibição do *non liquet*. Ullmann-Margalit afirma que

> as presunções legais obrigam a tomar algo como verdadeiro sob determinados pressupostos; em certas ocasiões, o direito intervém e estabelece regras em forma de presunções em virtude das quais se "infere" um fato controvertido a partir de certos fatos básicos já estabelecidos, enquanto não sejam aportados elementos de prova suficientes em sentido contrário. Deste modo, as presunções indicam antecipadamente uma resposta possível à questão controvertida, no intuito de produzir uma decisão.[44]

As presunções, portanto, operam como regras de decisão sob determinados pressupostos. Os pressupostos de validade para a aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ, que cria uma presunção de idoneidade do depoimento dos policiais, são (*primeiro*) a inexistência de outras provas e (*segundo*) a coerência entre as versões. Conforme visto antes, nenhum desses pressupostos de validade foram verificados no caso de Rafael Braga: (*primeiro*) existe prova testemunhal que apresenta uma versão diversa daquela dos policiais; (*segundo*) os próprios depoimentos policiais são contraditórios e lacunares.

Decisões recentes do TJRJ expõem, com bastante propriedade, os limites de aplicação do enunciado.

> *APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSO PENAL – DELITO DE TRÁFICO – DECRETO CONDENATÓRIO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, DIANTE DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A REDUÇÃO DA PENA BASE; RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO; APLICAÇÃO DO SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS; E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO*
>
> In casu, *a materialidade ficou patenteada nos autos, não só pelo auto de prisão em flagrante, mas também pelo auto de apreensão de material entorpecente e laudos prévio e definitivo de exame de entorpecente, que atestaram 12g de cocaína, distribuídos em 18 sacolés. Com efeito, cumpre de antemão ressaltar que, além da cocaína, o auto de apreensão e laudos susomencionados referem-se ainda a 31g de maconha, distribuídos em 20 sacolés, e 6g de haxixe, distribuídos em 7 sacolés. Contudo, o* Parquet, *ao imputar o crime de tráfico, olvidou da existência de tais substâncias entorpecentes, não promovendo sequer o aditamento à denúncia para inseri-las como substâncias arrecadadas durante a diligência policial. Entrementes, verifica-se que a autoria, em que pese confirmada pelos agentes da lei em juízo, não ficou suficientemente comprovada. Ora, a Súmula nº 70 deste e. Tribunal não tem aplicação cogente e automática, devendo ser realizada uma análise pormenorizada dos depoimentos dos agentes da lei com o fito de ser conferida*

44 Apud MENDONÇA, Daniel. Presunciones. *Doxa*, Universidade de Alicante, v. 21, p. 83, 1998 [tradução livre].

> *a devida validade à prova oral. Por outro lado, não se desconhece que em crimes desse jaez a oitiva dos policiais acaba assumindo suma importância, notadamente diante da impossibilidade fática de serem arroladas outras testemunhas. Todavia, embora o mister desempenhado seja árduo, diante das dificuldades estruturais sentidas na própria instituição, e das diligências realizadas em comunidades dominadas pelo narcotráfico, suas declarações devem ser coesas e harmoniosas entre si, bem como com o caderno probatório.* In casu, *verifica-se que os brigadinos, já em sede distrital, relataram a dinâmica delitiva de maneira idêntica, o que, de práxis, é até admissível, diante da necessária renovação da colheita de suas oitivas sob o crivo das garantias constitucionais. Porém, no caso, averígua-se que os depoimentos das ditas testemunhas de acusação foram idênticos também em sede judicial, não sendo crível sua utilização para emissão de uma condenação. É ressabido que a prova cabal acerca da prática do injusto deve revelar o máximo de verdade real possível, ou seja, deve revelar uma probabilidade de se conceber uma ideia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa. Não parece legítima a condenação fulcrada em declarações idênticas, que foram copiadas e coladas. Ademais disso, ainda que admitisse a validade de tais declarações, sopesando as mesmas com a versão do apelante, verifica-se que não ficou suficientemente demonstrado o delito de tráfico, na medida em que não conseguiram demonstrar que ele estivesse praticando a abjeta mercancia. Assim, cotejando as provas angariadas ao longo da instrução, tem-se que o Ministério Público não cumpriu satisfatoriamente com seu mister constitucional, pairando dúvidas que comprometem a emissão do juízo de censura, razão pela qual, em homenagem ao princípio* in dubio pro reo, *impõe-se a absolvição. Recurso a que se dá provimento.*[45]

No caso referido, a aplicação da súmula não é criticada em razão da ausência de coerência, mas da idêntica reprodução dos testemunhos de acusação. No entanto, várias outras decisões, igualmente do mês de agosto de 2017, momento em que foi redigido o parecer, afastam a Súmula nº 70 em razão da ausência de um conjunto probatório sólido e da falta de demonstração concreta do intuito mercantil, sendo, pois, aplicado o princípio da dúvida.

> *É indiscutível que a palavra de policiais tem tanta valia quanto de qualquer outra testemunha, mas é certo que é exigível que esteja em consonância com as demais provas coligidas, o que não é o caso dos autos, onde os depoimentos dos policiais não são corroborados por nenhuma outra prova, sendo certo que os milicianos não presenciaram por parte do acusado nenhum ato de mercancia de droga, inexistindo suporte probatório para que ficasse configurado que se dedicasse ao tráfico* [...].
>
> *Qualquer condenação exige um conjunto de provas sólido o bastante para deixar o julgador ao abrigo seguro de qualquer dúvida e o fato é que destes autos não deflui certeza segura, firme e serena de que o apelante se dedicava ao comércio ilícito da droga, desautorizando decreto condenatório a remeter o mesmo a mais de 06 anos de cárcere em regime fechado, conforme determinado na sentença guerreada.*

45 TJRJ, AC 0008566-87.2016.8.19.0028, 7ª Câmara Criminal, Relª Desª Maria Angélica G. Guerra Guedes, J. 22.08.2017, grifou-se.

Existindo duas versões para o fato, não há porque prevalecer a que menos favorece o acusado por isso que o princípio in dúbio pro reo *determina que após esgotarem-se todos os meios de prova disponíveis e processualmente admissíveis que possam ser empregados pelo juiz, em seu dever de buscar a verdade real dos fatos, a sentença deve fundamentar-se na possibilidade mais favorável ao acusado.*

Em síntese, caberia à acusação comprovar a prática do ilícito de tráfico de drogas, sobretudo nas circunstâncias do caso sub judice, na qual é possível que o acusado tenha adquirido as drogas para consumo pessoal, restando não demonstrada, a meu juízo, a destinação mercantil sustentada pela acusação.

Diante de tais circunstâncias, conclui-se que há, no mínimo, incerteza quanto à tipificação apontada na denúncia. As provas indicam apenas que as drogas poderiam ser utilizadas pelo apelante para uso próprio.[46]

Em sentido idêntico:

Não se está a negar a validade do depoimento dos policiais, até mesmo diante da redação da Súmula 70, desta Corte, todavia, a esta prova deve ser atribuída um peso relativo de modo a ser analisada dentro do caderno probatório em que inserida.

De se ver que o réu, durante todo o processo negou ser o proprietário das drogas e do radiotransmissor, o que foi confirmado pela testemunha arrolada pela acusação, Luiz Magno.

Como se pode verificar, a acusação não logrou êxito em produzir elementos probatórios firmes e seguros, aptos a comprovar os termos da denúncia, restando dúvida sobre a autoria do crime de tráfico de drogas.

Apesar dos policiais terem afirmado em juízo que Leandro, na data dos fatos, teria confessado a autoria do delito, assumindo, inclusive a posse da droga e dos demais bens que estava na sacola, esta versão não encontrou amparo nas demais provas produzidas no processo, as quais apontam para a sua absolvição.

Tomando por base o fato de que no processo penal uma condenação deve ser lastreada em um juízo de certeza acerca da autoria e materialidade do crime, as provas acima destacadas demonstram que, de fato, não existiam condições seguras para alicerçar uma sentença condenatória.

Destarte, não há como persistir a imputação, em obediência ao princípio do in dubio pro reo, *impondo-se, por conseguinte, a reforma total da sentença.*[47-48]

46 TJRJ, AC 0000082-80.2017.8.19.0050, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, J. 10.08.2017, grifou-se.

47 TJRJ, AC 0006589-60.2016.8.19.0028, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, J. 06.08.2017, grifou-se.

48 No mesmo sentido, exemplificativamente, outros julgados deste ano do TJRJ: (a) TJRJ, Apelação nº 0004048, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, J. 10.08.2017; (b) TJRJ, Apelação nº 0004048-14.2016.8.19.0203, 7ª Câmara Criminal, Rel.

Nota-se, dos julgados relacionados, que apenas em situações de estabilidade probatória teria aplicabilidade a Súmula nº 70 do TJRJ. No caso – e infelizmente em muitos outros similares no atual cenário de atuação da Polícia Militar no ERJ –, essa presunção não pode ser transformada em uma crença, em um absoluto inquestionável, pois, na realidade concreta da vida, tem produzido situações teratológicas e de extrema injustiça. A condenação de Rafael Braga, no processo em análise, é certamente um exemplo dessas injustiças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

15. O estudo dos autos, sobretudo da sentença condenatória, notadamente dos argumentos judiciais expostos para justificar o juízo de tipicidade dos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, permite-nos apresentar algumas conclusões acerca (*primeiro*) dos pressupostos de validade da aplicação da Súmula nº 70 do TJRJ e (*segundo*) se, no caso concreto, a aplicação da referida súmula respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade.

Em primeiro, é importante referir que construção de enunciados para orientar critérios de decidibilidade sustenta-se, invariavelmente, em situações ideais. Assim, esses critérios gerais devem necessariamente ser confrontados com a realidade. A Súmula nº 70 do TJRJ, que admite a condenação com base exclusivamente em depoimentos de policiais militares, pressupõe, no plano político (e político-criminal), uma situação de efetividade democrática na qual as agências repressivas observem rigidamente os limites constitucionais de atuação. Por outro lado, no plano jurídico (processual penal), pressupõe (a) absoluta ausência ou a impossibilidade de outras provas, e (b) a coerência dos relatos dos agentes públicos (policiais).

Em segundo, nota-se que, na sentença que condena Rafael Braga, não apenas está ausente o pressuposto que legitimaria a decisão no plano político criminal – qual seja, uma atuação regular e constante da Polícia Militar do Rio de Janeiro em conformidade, sobretudo, com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos –, como estão ausentes os critérios proces-

Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, J. 10.08.2017; (c) TJRJ, Apelação nº 00015199-44.2016.8.19.0213, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, J. 02.08.2017; (d) TJRJ, Apelação nº 004118-26.2015.8.19.0001, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, J. 07.06.2017; (e) TJRJ, Apelação nº 0003247-44.2015.8.19.0006, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, J. 06.06.2017; (f) TJRJ, Apelação nº 0004773-58.2016.8.10.0023, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, J. 30.05.2017; (g) TJRJ, Apelação nº 0045273-12.2015.8.19.0021, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, J. 09.03.2017.

suais de validade da prova – a inexistência ou impossibilidade de produção de outras provas e a coerência entre as versões dos depoentes (policiais militares). Conforme se percebe da instrução, existe prova testemunhal que apresenta uma versão diversa daquela dos policiais e os próprios depoimentos das autoridades públicas são contraditórios e lacunares. A divergência, a contradição e as lacunas percebidas na instrução conduzem a uma situação de, no mínimo, fragilidade probatória (dúvida razoável), o que indicaria a incidência do *in dubio pro reo*.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BERGALLI, Roberto. Fallacia Garantista nella Cultura Giuridico Penale di Lingua Ispanica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

BIANCHI, Paula. Uma pessoa é morta pela polícia a cada 8 horas no Rio. *Uol Notícias*, 23. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/23/uma-pessoa-e-morta-pela-policia-a-cada-8-horas-no-rio>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. Comentário ao artigo 37, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição do Brasil*. Coimbra: Coimbra, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998.

_____. El Derecho como Sistema de Garantías. *Jueces para la Democracia*, v. 16/17, 1992.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). *Le Ragioni del Garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

HERINGER, Carolina; MARINATTO, Luã. PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do Batalhão. *Jornal Extra*. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860>. Acesso em: 1º jul. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. O bom policial tem medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>. Acesso em: 7 jul. 2016.

LEMGRUBER, Julita; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. *Olho por olho*? O que pensam os cariocas sobre "bandido bom é bandido morto". Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017.

MARTÍN, Maria. Execução policial e estudante morta em tiroteio: o Rio mergulha na barbárie. *El País Brasil*. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/politica/1490974463_586184>. Acesso em: 31 mar. 2017.

MENDONÇA, Daniel. Presunciones. *Doxa*, Universidade de Alicante, v. 21, p. 83, 1998.

MILGRAM, Stanley. *Obedience to Authority*. New York: Harper & Row, 1974.

MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; NÉRI, Natasha Elbas. Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, edição especial, n. 1, 2015.

MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; NÉRI, Natasha Elbas. *Quando a polícia mata*: homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Necvu/Booklink, 2013.

SOARES, Barbara Musumeci; MOURA, Tatiana; AFONSO, Carla (Org.). *Auto de resistência*: relatos de familiares de vítimas da violência armada. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009.

SOARES, Rafael. Um em cada seis homicídios no Rio foi cometido por policiais em 2016. *Jornal Extra*. Disponível em: <http://extra.globo.com/casos-de-policia/um-em-cada-seis-homicidios-no-rio-foi-cometido-por-policiais-em-2016-20940865>. Acesso em: 17 fev. 2017.

SURHONE, Lambert; TENNOE, Mariam; HENSSONOW, Susan (Ed.). *Stanford Prison Experiment*. La Vergne: Betascript, 2010.

VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*: uma prática ideológica do direito penal. Rio de Janeiro, Aldebarã, 1996.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZIMBARDO, Philip. *O efeito lúcifer*. Rio de Janeiro: Record, 2013.