

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À ATRIBUIÇÃO DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE AO TESTEMUNHO POLICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA

Camila Fronza de Camargo¹

Willian Carneiro Bianeck²

RESUMO

Partindo da análise do contexto político em que foi decretado o Código de Processo Penal brasileiro, este artigo principia por demonstrar sua matriz inquisitória e os conflitos que isto acarreta desde a promulgação da Constituição de 1988, que prevê uma série de garantias processuais aos acusados em processo penal, em contraste com diversos institutos previstos na lei processual, como a gestão da prova pelo julgador. A ampla iniciativa probatória que lhe era concedida fazia com que as funções de julgar e de acusar ficassem sobrepostas, de modo que o legislador infraconstitucional, com muito atraso, teve de promover a reforma parcial – mediante a edição das leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008 – do Código de Processo Penal, nos capítulos referentes às provas e aos ritos procedimentais, a fim de adequá-lo minimamente às garantias constitucionais. Depois, busca-se delimitar o objeto do processo penal para a dogmática processual penal contemporânea – qual seja, a pretensão acusatória – e sua intrínseca relação com o princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. Por fim, mediante uma revisão bibliográfica de caráter crítico, apresenta-se o tema da pesquisa: a indevida importação para o âmbito processual penal de um instituto que tem lugar apenas perante o Direito Administrativo – e já aí mitigado por outros tantos princípios constitucionais –, qual seja, o atributo da presunção de veracidade. O problema daí decorrente é que, ao dotar o depoimento judicial prestado por policiais *enquanto* testemunhas de acusação, juízes e promotores blindam a acusação, criando “super-depoimentos”. Sendo assim, conclui-se que esta nefasta prática jurisprudencial afronta diretamente os princípios do devido processo legal, da paridade de armas, da presunção de inocência e outros tantos que decorrem das garantias constitucionais asseguradas aos acusados, contrariando o viés democrático – e, ao reverso, reafirmando a índole inquisitória – que se buscou conferir ao processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Presunção de veracidade. Presunção de inocência. Devido processo legal. Processo penal democrático.

SUMMARY

¹ Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Penal e Política Criminal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal e em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada criminal. E-mail para contato: cfronzacamargo@gmail.com.

² Mestrando em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Licenciando em Letras pela Universidade Federal do Paraná. Advogado criminalista e Professor de língua portuguesa. E-mail para contato: willianbianeck@gmail.com.

Starting from the analysis of the political context in which the Brazilian Criminal Procedure Code was enacted, this article begins by demonstrating its inquisitorial matrix and the conflicts that this entails since the promulgation of the 1988 Constitution, which provides a series of procedural guarantees for the accused in process criminal, in contrast to several institutes provided in procedural law, such as the management of evidence by the judge. The extensive probative initiative granted to him made the functions of judgment and accusation superimposed, so that the infra-constitutional legislator, by far delay, had to promote partial reform - by enacting laws 11,689, 11,690 and 11,719, all of 2008 - of the Code of Criminal Procedure, in the chapters on evidence and procedural rites, in order to bring it into line with constitutional guarantees. Then, it seeks to delimit the object of the criminal process for the contemporary criminal procedural dogmatics - that is, the accusatory pretension - and its intrinsic relation with the principle of presumption of innocence, foreseen in subsection LVII of article 5 of the Federal Constitution. Finally, through a bibliographical review of a critical nature, the subject of the research is presented: the undue importation into the criminal procedural scope of an institute that takes place only before Administrative Law - and already mitigated by other constitutional principles - which is the attribute of the presumption of truth. The problem that arises is that by endowing the judicial testimony provided by police officers *as* prosecution witnesses, judges and prosecutors shield the prosecution by creating "super-testimonials." Therefore, it is concluded that this nefarious jurisprudential practice directly confronts the principles of due process, parity of arms, presumption of innocence and so many that stem from the constitutional guarantees guaranteed to the accused, contrary to the democratic bias - and, on the reverse, reaffirming the inquisitorial nature - which was sought to confer on the Brazilian criminal proceedings.

Key-words: Presumption of truth. Presumption of innocence. Due process of law. Democratic criminal procedure.

1. INTRODUÇÃO

Em 5 de outubro de 1988, vinte e quatro anos após o golpe civil-militar que interrompeu a consolidação das instituições político-democráticas brasileiras, foi promulgada uma nova constituição, apelidada de Constituição Cidadã. Logo no início de seu texto, no artigo 5º, há um rol de setenta e oito incisos em que estão previstos os direitos e garantias fundamentais reconhecidos a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. No corpo do texto constitucional, representam a tomada de posição em defesa da liberdade individual, em seus mais diversos aspectos e nos mais diversos contextos.

Um deles é a proteção da liberdade de indivíduos criminalmente investigados ou acusados, a fim de tornar compatíveis os ritos e procedimentos previstos no decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal, com a nova ordem democrática que estava sendo – novamente – constituída e, assim, tornar efetivas as promessas da democracia.

O alerta feito por James GOLDSCHMIDT (1935, p. 67 *apud* LOPES JR., 2012, p. 70) há quase um século, de que os princípios adotados por uma determinada política processual penal representam segmentos da política estatal em geral, de modo que podem servir como indicadores do nível de consolidação democrática das instituições políticas e da própria política de Estado, é especialmente verdadeiro diante da história do processo penal no Brasil.

O Código de Processo Penal brasileiro foi redigido em 1941 e está vigente desde 1º de janeiro de 1942, tendo sofrido algumas alterações pontuais mediante a inclusão ou revogação de artigos ou alteração de capítulos ou títulos, como as reformas procedimentais promovidas pelas leis nº 11.689 e 11.719, ambas de 2008; a reforma do capítulo que regula a produção probatória, promovida pela lei nº 11.690 de 2008; a reforma das medidas cautelares promovida pela lei nº 12.403 de 2011 e outras menos extensas. Entretanto, no todo, sua redação permanece inalterada e foi inspirada – quando não copiada – no Código de Rocco, o Código de Processo Penal italiano elaborado por Vincenzo Manzini sob a ditadura fascista de Mussolini.

À mando de Alfredo Rocco, ministro de Justiça da Itália entre 1925 e 1932 – sob o governo fascista de Benito Mussolini, portanto, que esteve à frente do governo italiano de 1922 a 1943 (no começo como Primeiro-Ministro, depois como Primeiro Marechal do Império, título concedido pelo rei Vitor Emanuel III da Itália e então como “Chefe de Governo, Duce do Fascismo e Fundador do Império”, título que passou a adotar a partir de 1936) – a redação do Código de Processo Penal italiano ficou inteiramente à cargo de Vincenzo Manzini. Publicado em 1930, permaneceu vigente até 1988, quando então foi sancionado um novo Código.

Conforme relatam Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr. (2015), Manzini era um famoso detrator da presunção de inocência – e, logo, da liberdade como regra durante o processo penal –, pois, para ele, os fundamentos de uma acusação (os indícios de autoria e materialidade de ocorrência de um crime) já serviriam para autorizar o juiz a buscar provas que confirmassem a culpa do acusado. Isto porque, para Manzini, o sentido do processo penal é o de fazer valer a pretensão *punitiva* do Estado através da imputação penal. É por isso que, num processo com estas características, o status jurídico de um acusado seria o de indiciado, alguém que não é parte e nem sujeito de direitos e garantias processuais, mas mero objeto sobre o qual recai a pretensão punitiva.

No Brasil, o espírito do código italiano de 1930 foi incorporado por Francisco Campos, ministro da Justiça do Estado Novo, período ditatorial instaurado por Getúlio Vargas através do golpe anunciado em 10 de novembro de 1937 – cuja chamada nas rádios era a de

um *Manifesto à Nação* – e que durou até 31 de janeiro de 1946. Na mesma data do golpe foi outorgada uma nova Constituição, a “Polaca”, já que seu redator, o ministro Francisco Campos, se inspirou na constituição fascista polonesa, de índole autoritária e que concedia poderes quase ilimitados ao chefe do Executivo. O novo texto constitucional, mais adequado para servir ao novo regime, legitimava o golpe mediante a previsão do fechamento do Congresso Nacional, da extinção dos partidos políticos e da possibilidade de legislação via decreto-lei pelo chefe do Executivo. Foi sob esta conjuntura que Francisco Campos – quem, anos mais tarde, redigiu o AI-1 – nomeou Alcântara Machado como redator do Código de Processo Penal de 1941, o qual foi publicado sob a forma de decreto-lei por Getúlio Vargas.

O Código de Processo Penal brasileiro foi, portanto, todo informado por uma cultura inquisitória de produção de provas, em que o acusado é considerado mero objeto do processo, a ser mais ou menos perscrutado, de acordo com a sede inquisitória do julgador. Num processo desta natureza não vigoram garantias hoje declaradas fundamentais, como a paridade de armas entre as partes, o contraditório, a ampla defesa, o direito a não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), além da própria presunção de inocência e outras tantas que conferem uma natureza democrática ao jogo processual penal, a partir de uma noção de acesso, de participação e de igualdade de participação entre as partes.³

Deste modo, com a previsão constitucional de garantias como “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII), “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV), “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV) e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII), o legislador infraconstitucional e o juiz do processo penal foram obrigados a promover uma filtragem constitucional do Código de Processo Penal, diante de seu cunho inquisitório. Em outras palavras, desde 1988 a legitimidade do processo penal depende de sua conformidade com os ditames democráticos da Constituição.

Como se pode imaginar, esta não é uma tarefa fácil. A promulgação, tão somente, do novo texto constitucional, mesmo tendo colocado à disposição mecanismos formais de democracia (a despeito de pretender, ou não, materializar a democracia), não é

³ Tal disposição reverbera ainda hoje, mesmo após as reformas pontuais promovidas pelas Leis nº 11.690/2008 e 11.719/2008, que intentaram, timidamente, reverter esta cultura inquisitória por meio da adição de artigos que concederam uma maior importância à efetiva e eficaz participação do acusado (respeitando-se, portanto, a ampla defesa e o contraditório), bem como delimitaram o poder instrutório do juiz, aproximando o processo penal brasileiro do sistema acusatório delineado na Constituição.

suficientemente forte para sobrepor-se à tradição autoritária e inquisitorial vigente no período anterior (a derrocada do positivismo já nos provou isso há muito tempo). Além disso, os juízes, os promotores, os parlamentares e os ocupantes do Poder Executivo responsáveis por movimentar o sistema penal permaneceram os mesmos. Dar a palavra final continua cabendo a quem nasceu e cresceu no ambiente totalitário e militarizado que marcou o Brasil na maior parte do século XX.

Portanto, ainda que as portas tenham sido abertas à reconfiguração do sistema, ou seja, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha possibilitado a adoção do Princípio Acusatório (em que os âmbitos de atuação de cada uma das partes do processo penal – juiz, acusação e defesa – estão bem delimitados, principalmente em relação à gestão da prova) em prejuízo do Princípio Inquisitório (em que se aglutinam nas mãos do juiz as funções de acusar, reunir provas para a condenação e julgar), o que se verificou na prática foi a manutenção de discursos autoritários e imparciais, sempre em desfavor do acusado.

Herança disso é a ampla utilização, em todos os Tribunais brasileiros, do argumento da presunção de veracidade dos depoimentos prestados por policiais arrolados como testemunha de acusação⁴. Tal argumento, conforme se verá minuciosamente, apesar de sua insuperável fragilidade, maneja dismantelar, numa só tacada, a presunção de inocência (estado pessoal traduzido em garantia constitucional, como vimos acima) e a dúvida que sempre deve ser interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*) no processo penal. Isso, é evidente, configura violação direta dos Princípios da Paridade de Armas (que é a tradução do Princípio da Igualdade no Processo Penal) e da Imparcialidade, o que atesta a ilegitimidade do

⁴ Como exemplo, veja-se esse julgado do Superior Tribunal de Justiça, que validou como prova pericial material os depoimentos dos policiais: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUTO DE CONSTATAÇÃO INDIRETO. EXAME REALIZADO POR POLICIAIS CIVIS COM CURSO SUPERIOR. NULIDADE DO LAUDO. NÃO OCORRÊNCIA. EXEGESE DOS ARTS. 158, 159, 160 E 167 DO CPP. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça é pacífica quanto à necessidade da realização de exame pericial para o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, sendo possível a sua substituição pela prova testemunhal somente quando a infração não deixar vestígio ou se o corpo de delito houver desaparecido. Ressalva do entendimento pessoal do relator. 2. Não há nenhum óbice legal ao exame de corpo de delito indireto, mormente por estar expressamente disciplinado no art. 158 do Código de Processo Penal, o qual não se confunde com o chamado exame indireto. No primeiro, realiza-se um laudo firmado por perito, porém a partir da análise de documentos ou depoimentos de testemunhas. O segundo consiste na prova testemunhal prestada em juízo, a respeito do vestígio do crime, em razão do seu desaparecimento, ex vi do art. 167 do CPP. 3. É certo que a prova pericial deve se revestir das formalidades previstas no art. 159, caput e § 1º, do Código de Processo Penal, que determina a realização de laudo técnico por perito oficial, ou, na sua ausência, por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior. 4. Na hipótese, o auto de constatação de arrombamento indireto, embora não tenha sido elaborado por perito com habilidade técnica específica, foi efetivado por dois policiais civis, regularmente nomeados pela autoridade policial, os quais são pessoas portadoras de diploma de curso superior. 5. Cumpridos os requisitos do art. 160 do Código de Processo Penal e não se exigindo conhecimentos específicos para a constatação da ocorrência de arrombamento, como no caso, não há se falar em nulidade do laudo pericial. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1544900/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015)

uso de tal argumento (presunção de veracidade) – se é que se quer afirmar um processo penal democrático, pois, se o que se quer é um processo penal autoritário, de índole inquisitorial, o uso do argumento da presunção de veracidade dos depoimentos policiais é adequado e coerente.

Ademais, conferir presunção de veracidade aos depoimentos prestados pelos policiais enquanto testemunhas num processo penal configura uma importação no mínimo equivocada de conceitos do Direito Administrativo ao campo do Direito Processual Penal. Os depoimentos policiais prestados como fonte de informação probatória no processo penal não se confundem com os atos administrativos dotados de presunção de legitimidade, veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade (os chamados atributos do ato administrativo) – e ainda que fossem compreendidos como atos administrativos, não poderiam ser admitidos, por si sós, como prova processual penal.

2. O OBJETO DO PROCESSO PENAL: A PRETENSÃO ACUSATÓRIA – SOBRE A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA COMO PONTO DE PARTIDA DO PROCESSO PENAL

O objeto do processo penal, segundo Aury Lopes Jr. (2012, p. 143), é a pretensão acusatória – que difere da pretensão de punir, defendida por Vincenzo Manzini. Em outras palavras, é o direito de acusar que nasce do ataque ou da tentativa de ataque a um bem jurídico protegido pela lei penal. Direito exercido, como regra, pelo Ministério Público, ou, em casos de crimes que se processam mediante ação penal privada, pela vítima ou seu representante legal (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nos termos do § 1º do artigo 24 do Código de Processo Penal).

O exercício desse direito – daí ser reconhecido não só como poder, mas também como dever – é imprescindível para que se exerça o decorrente poder de punir, em respeito ao Princípio da Necessidade do Processo Penal frente à impossibilidade de auto-satisfação do Direito Penal (diferentemente do que ocorre no âmbito do Direito Civil). Esquemáticamente, podemos afirmar: acolhida a pretensão acusatória, abre-se a possibilidade de o juiz exercer o poder de punir; se não acolhida, impede-se a punição. De um modo ou de outro, é sempre em torno da acusação que giram todas e cada uma das vicissitudes processuais.

Sendo assim, o poder punitivo do Estado é, num Estado Democrático de Direito, intrinsecamente condicionado à existência de uma acusação. E é justamente essa a característica elementar do sistema acusatório projetado pela Constituição Federal de 1988: a

delimitação das funções de acusar e de julgar, que devem ser exercidas por sujeitos distintos; a primeira pelo Estado-acusação e a segunda pelo Estado-juiz.

A este desenho processual deve ser acrescentado o protagonismo reconhecido ao acusado e à defesa como prática de resistência à pretensão do Estado-acusação, pois, sendo a pretensão acusatória o objeto do processo penal – e não a pretensão de punir –, a decisão absolutória tem a mesma importância que a condenatória, de modo que tanto uma quanto a outra respeitam a estrutura e o objetivo de um processo penal democrático.

Por isso, não há espaço para confundir pretensão acusatória com pretensão punitiva, esta última própria de um sistema de matriz inquisitória. Devemos compreender, definitivamente, que no processo penal o Estado ocupa diversas funções: como titular da ação penal, é responsável por ajuizar uma denúncia e produzir todas as provas necessárias para provar sua procedência; como titular da jurisdição, é responsável por presidir a instrução processual, assegurando a observância das regras procedimentais, e, ao final, proferir uma sentença que declara, ou não, a existência de um poder-dever de punir que será infligido por outro braço estatal.

Num Estado Democrático de Direito, tais funções não podem ser confundidas ou sobrepostas. O Estado realiza o seu poder de punir não como parte, mas como juiz: o titular da pretensão acusatória (Estado-acusação) exige que a justiça penal (Estado-jurisdição) declare alguém culpado para que os quadros das agências penitenciárias exerçam seu poder-dever punitivo – hoje, aliás, compostos tanto por funcionários públicos quanto privados, mediante parcerias público-privadas próprias da tendência à privatização do sistema penitenciário. Logo, o acusador detém apenas o poder-dever de acusar, nunca o de apenar, o que qualifica sua pretensão como acusatória e não como punitiva.

Em resumo, o que se veicula num processo penal, ou sobre o que converge toda a atuação no campo processual penal, é uma acusação, a qual, se devidamente comprovada pelas provas a serem produzidas pelo Estado-acusador, permite a emissão de um decreto condenatório pelo Estado-juiz que, só então, permitirá o exercício do poder de punir do Estado-executor.

Toda essa construção busca conferir racionalidade ao monopólio do uso da força pelo Estado, já que o acusado ocupa uma posição evidentemente fragilizada: o que está em jogo é a sua liberdade, e contra ela atuam diversos braços estatais, extremamente aparelhados para tanto (sem contar o Estado-polícia, responsável por toda a fase pré-processual)⁵. Deste modo,

⁵ Sobre esta particularidade do processo penal, que o caracteriza e o diferencia dos outros modelos processuais (principalmente o civil), Aury LOPES JR. (2012, p. 76) traz à tona uma importante passagem da obra de Luigi

é certo que o respeito ao sistema acusatório constitui condição para a afirmação de um processo penal democrático, em que se respeitem os Princípios da Necessidade, Imparcialidade, Paridade de Armas, Presunção de Inocência etc.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 76), ao reconhecer a necessidade de racionalização da repressão estatal como exercício de democracia, nos ensina que o Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, isto é, o benefício de todos e de cada um dos indivíduos. Sendo assim, para consolidar a tendência democrática do processo penal, deve ser assegurada ao acusado uma posição de destaque enquanto parte, e não como mero objeto de prova, com verdadeiros direitos e deveres. Caso não se adote esta postura, a reconfiguração democrática proposta pela Constituição Federal de 1988 nunca se efetivará.

Ao adotá-la e assumi-la, é possível reconhecer, então, sua principal consequência: a presunção de inocência do acusado.

No Brasil, como vimos, a presunção de inocência está expressamente consagrada como garantia fundamental reconhecida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, nos termos do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, foi erigida a princípio reitor do processo penal, de modo que “podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do nível de observância (eficácia)” (LOPES JR., 2012, p. 548) do princípio da presunção de inocência.

Conforme Aury Lopes Jr. (2012, p. 548), como também para Alexandre Morais da Rosa (2014a, p. 100), a presunção de inocência se expressa no processo penal como um dever de tratamento. O segundo doutrinador, que também é juiz criminal, chama a atenção para a importância prática deste dever de tratamento: “daí que a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade.”.

Sendo assim, admitir que o objeto do processo penal é a pretensão acusatória implica colocar à cargo da acusação toda a responsabilidade de provar a culpa do acusado. Sendo ela a parte que lança a hipótese da ocorrência de um crime que, se provado, irá acionar o poder-dever do Estado de punir o seu autor, também é dela o encargo de trazer e produzir provas que

FERRAJOLI, em que se discute “la ley del más débil”: “No momento no crime, a vítima é o mais débil e, por isso, recebe a tutela penal [considerando que a lei penal efetivamente tutela alguma coisa da vítima ou a vítima mesma]. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusado do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena.”

confirmem essa sua primeira alegação – a qual, inclusive, inaugura o processo penal –, sob pena de não ser acolhida sua pretensão e, como consequência, não ser desconstruída a presunção de inocência do acusado, o que conduzirá a sua absolvição.

Isso não afasta a responsabilidade da defesa e do acusado de estarem atentos ao jogo processual e preparados para assumir riscos quando não quiserem produzir nenhuma prova a seu favor. Isto porque, apesar de não recair sobre a defesa o dever de provar a improcedência da pretensão acusatória, ela assume os riscos pela perda de uma chance probatória caso tenha possibilidade de provar algum fato alegado no processo e não o faça.

Aliás, Alexandre Morais da Rosa (2014b) faz uma interessante interpretação às avessas do instituto da perda de uma chance probatória no processo penal, que vem diretamente ao encontro do tema deste artigo: se é da acusação o encargo de provar, utilizando todos os meios admitidos em lei, a procedência de sua pretensão acusatória, e ela deixa de trazer ou produzir alguma prova que, conquanto estivesse disponível, poderia influir decisivamente no julgamento do processo, a defesa pode, com base no argumento da perda de uma chance probatória, requerer o reconhecimento da existência de uma prova que, se houvesse sido produzida, poderia conduzir à absolvição do acusado.

Como exemplo da aplicação desse instituto, o autor cita as inúmeras condenações por tráfico de drogas que se fundamentam apenas nos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a abordagem inicial. Ao fazê-lo, lança o questionamento: em pleno 2014 (época da publicação do artigo), com toda a tecnologia que facilita a gravação de sons e imagens, não teriam os policiais como coletar provas mais consistentes destas abordagens? A própria venda, a atuação dos compradores, dos fornecedores, o local de comercialização das drogas etc. Daí sua conclusão: os agentes de segurança pública deixam de colher provas mais robustas não por impossibilidade de produzi-las, mas sim pela cômoda adoção da lei do menor esforço e pela alta confiabilidade que a jurisprudência concede aos seus relatos.

Portanto, se o que se quer é consolidar um processo penal condizente com a nova ordem democrática delineada pela Constituição Federal de 1988, deve-se fazer valer seus principais corolários: o sistema acusatório, isto é, a clara delimitação entre as atividades de acusar e julgar, exercidas por sujeitos processuais distintos; e o Princípio da Presunção de Inocência como dever de tratamento imposto ao juiz, consequência lógica da pretensão acusatória como objeto do processo penal. Caso contrário, tais garantias não passarão de um golpe de cena ou de um embuste processual.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL OU DA PARIDADE DE ARMAS

Partindo do pressuposto de que o atual processo penal brasileiro respeita as garantias processuais elencadas na Constituição, é dever do julgador conferir iguais oportunidades e igual importância à atuação das partes, acusação e defesa.

Sobre o tema, Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 45) nos ensina que:

A exigência de um tratamento igualitário a todos os indivíduos está presente nas Convenções Internacionais e nas Constituições. No Brasil, o princípio da igualdade emana do caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade.”

A noção de igualdade, como a de liberdade, é fluída, variável. Cada credo, cada Estado, cada ideologia externa-a de forma diversa. Apesar disso, é possível sistematizar as teorias a respeito da noção de igualdade em duas vertentes principais: a que atribui à igualdade uma noção formal, estática e a que a conceitua de forma positiva, real e dinâmica. (...)

Transpondo essas ideias para o processo, pode-se dizer que em dois sentidos manifesta-se a igualdade processual:

1ª) como exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo, como, por exemplo, o mesmo tratamento a todos que ostentem a posição de testemunha, só se admitindo desigualdades por situações pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis;

2ª) como exigência de igualdade de armas no processo para as partes, ou par conditio, assegurando-se às partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público, ou querelante, e acusado.

Ou seja, no processo penal, o juiz deve conceder tratamento igual aos sujeitos processuais (autores, réus, assistentes de acusação, testemunhas, peritos) que ocupem a mesma posição – o que só poderia ser excepcionado em razão de particularidades especiais a serem verificadas em cada caso concreto –, e, além disso, garantir que acusação e defesa tenham as mesmas chances de influir na decisão do processo.

Este último prisma do Princípio da Igualdade no processo penal, denominado de Princípio da Paridade de Armas, encontra sua justificação na disparidade prática entre as partes. Como dito acima, a acusação normalmente está afeta a um órgão estatal que tem à sua disposição todo um aparelho repressivo montado para ampará-lo. Em contrapartida, o acusado conta com suas próprias forças e o auxílio de seu advogado, outra pessoa física. Essa evidente situação de desvantagem da defesa faz com que tenham de ser criados, a fim de se garantir o *fair play* processual, argumentos e instrumentos que confirmem ao acusado um tratamento especial. É o caso, justamente, do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário do princípio *in dubio pro reo*, o qual determina que, se da análise do conjunto probatório o juiz não ficar convencido da materialidade e da autoria do delito, deve absolver o acusado.

O que se pretende com isto não é conferir uma vantagem jurídica ao acusado. O que se pretende é destituir o Estado-acusação de sua posição evidentemente mais vantajosa que a do acusado para, quando estiverem em pé de igualdade, ser possível um jogo processual em que ambas as partes possam influir decisivamente no convencimento do julgador. Entretanto, não é isto o que acontece no cenário processual penal brasileiro.

A defesa dos institutos que buscam conferir uma igualdade processual entre acusação e defesa é promovida por uma pequena parcela da doutrina e uma parcela ainda menor da jurisprudência. Ao contrário, o que se vê é a criação de recursos de linguagem e argumentos retóricos que, ao mesmo tempo, acentuam o abismo entre acusação e defesa e minam as reais chances desta última de influir no convencimento do julgador.

Um dos melhores – e mais recorrentes – exemplos desta prática é a atribuição de presunção de veracidade (atributo próprio dos atos administrativos) aos depoimentos prestados por policiais arrolados como testemunhas de acusação, conforme veremos a seguir.

É tempo de parar de menosprezar o vasto e importante saber que foi transmitido até aqui por aqueles que dedicaram sua vida à construção de um processo penal de garantias⁶. É preciso estar atento e saber se antecipar aos golpes autoritários promovidos por uma grande parcela da doutrina e da jurisprudência. E isso só é possível mediante um compromisso democrático a ser definitivamente pactuado entre o processo penal e a Constituição.

4. SOBRE A VALIDADE E O VALOR DO DEPOIMENTO POLICIAL COMO PROVA TESTEMUNHAL – A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS – O USO PELA JURISPRUDÊNCIA E A IMPROPRIEDADE DA IMPORTAÇÃO DESTA CATEGORIA PRÓPRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO AO PROCESSO PENAL

No processo penal brasileiro é muito comum que uma sentença condenatória esteja fundada apenas no depoimento testemunhal de policiais militares ou civis que acompanharam a abordagem do acusado, sua prisão em flagrante ou as investigações policiais⁷.

⁶ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2015) também propõe desafio semelhante: “*se há uma tentativa de fazer prevalecer o imaginário contra a cultura democrática, pelo menos dois caminhos se apresentam para marcar um lugar aceitável: 1º, não se iludir com o “canto da sereia” e, assim, não se permitir ser guiado pelo imaginário sedutor, pelas respostas fáceis que sacrificam os direitos e garantias fundamentais do cidadão em homenagem a uma ideologia repressivista; 2º, manter a resistência contra qualquer tipo de desvio nessa direção, de modo a que saibam todos que se não pode fazer o que quiser, principalmente contra a Constituição.*”

⁷ Para ilustrar, desde já, este cenário, duas ementas atuais e representativas de outras tantas similares a elas, que exemplificam com exatidão o argumento defendido: a) PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. RESPONSABILIDADE CRIMINAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INAPLICABILIDADE.

Apesar de sua fragilidade e pouca credibilidade, é inegável que a prova testemunhal é o principal meio de prova no nosso processo penal – tanto para absolver quanto, principalmente, para condenar.

Não se desconhece a importância da atuação policial na manutenção da segurança pública⁸, mas se questiona o valor ou o alcance da validade de depoimentos prestados por

TESTEMUNHO POLICIAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. 1. Não há motivo para se colocar em dúvida a veracidade dos depoimentos prestados pelos policiais, mormente quando foram uníssonos os testemunhos sobre os fatos, e não existe nos autos indícios que possam desabonar os seus testemunhos, não sendo os policiais desafetos do acusado, nem tendo hostil prevenção contra ele ou quissem indevidamente prejudicá-lo. 2. Comprovada a autoria e a materialidade do fato descrito na denúncia pelos elementos de convicção produzidos no âmbito da instrução judicial, sob o crivo do contraditório, deve ser mantida a condenação do réu/recorrente pela prática do crime de contrabando. 3. Recurso improvido. (TRF4, ACR 5001822-28.2013.404.7115, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 25/02/2015 – grifos nossos); b) APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DA RÉ. (I) PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AFASTAMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA APTA PARA UM DECRETO CONDENATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA, POIS BASEADA EM PROVAS ORAIS E DEMAIS PROVAS. **ESPECIAL RELEVÂNCIA E PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. (II) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUMENTO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME SEVERAS. GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA DE ALTA LESIVIDADE DA SUBSTÂNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CÁLCULO MANTIDO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO INCISO VI DO ART. 40 E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33, AMBOS DA LEI DE DROGAS. MENOR ENCONTRADA NO LOCAL ONDE A DROGA FOI APREENDIDA. RÉ REINCIDENTE. (III) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DO REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, "A", DO CÓDIGO PENAL. **1. A palavra dos policiais é dotada de fé pública, possuindo grande credibilidade e gozando de presunção de veracidade, podendo ser afastada apenas se existirem nos autos elementos capazes de afetar o que eles disseram. Inocorrência, no caso. O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão, se prestado em juízo, sob o crivo das garantias processuais penais, pode ser suficiente para ensejar decreto condenatório, mormente quando fortalecido e harmônico em relação às demais provas produzidas nos autos.** 3. A natureza e a quantidade da substância devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (art. 42 da Lei de Drogas). Apreensão de oitenta e sete pedras da substância vulgarmente conhecida como crack. Grande quantidade e droga com alto grau de nocividade. Pena-base que deve ser fixada acima do mínimo legal. Mantida a fração de aumento em um quarto sobre o mínimo legal. 4. Torna-se impossível afastar a causa especial de aumento de pena do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas se a menor envolvida encontrava-se no local onde a droga foi apreendida (residência da ré). Prática delituosa que envolveu adolescente. 5. É incabível a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao se tratar de ré reincidente. 6. Para pena de reclusão acima de oito anos, o regime inicial de cumprimento deve ser fechado, conforme dispõe a alínea "a" do § 2º do art. 33 do Código Penal. Recurso Conhecido e não Provido. (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 1178276-0 - Cascavel - Rel.: Luciano Carrasco Falavinha Souza - Unânime - - J. 29.01.2015 – grifos nossos).**

⁸ O que, aliás, é seu dever constitucional por força do artigo 144 da Constituição Federal, ainda que o sistema de atuação policial no Brasil necessite urgentemente de uma revisão estrutural, já que coexistem duas polícias distintas, uma civil, encarregada da investigação de delitos, e outra militar, cuja função é o policiamento ostensivo-preventivo e a repressão do indivíduo no momento da infração da lei. A dupla oneração sofrida pelos cofres públicos com a manutenção de duas polícias se reflete no péssimo aparelhamento de ambas as instituições e no gritante despreparo de seus agentes para lidar com os graves problemas de segurança pública pelos quais o Brasil é conhecido internacionalmente. Além disso, a falta de integração entre polícia militar e polícia civil faz com que a investigação de delitos seja confusa e superficial, sendo frequente a perda ou a falta de coleta de provas. E apenas para encerrar o tópico – porque este assunto dá matéria para outro e outro artigo – hoje a instituição da Polícia Militar sofre severas críticas, já que seu *modus operandi* é essencialmente militarizado, apesar de que o destinatário de suas ações seja o cidadão (civil, portanto), e, por isso mesmo, suas abordagens são frequentemente marcadas pelo abuso de poder (o uso das vestes militares e de armas de alto potencial lesivo trazem sensação de superioridade, coisa que a psicanálise pode nos explicar melhor e o que, aliado ao

policiais que participaram de algum modo da abordagem, prisão ou investigação policial que servem de fundamento à denúncia que inaugura o processo em que atuam como testemunhas. Mais do que isso, se questiona o fato de juízes Brasil afora atribuírem a tais depoimentos a presunção de veracidade própria dos atos administrativos, tornando-os, na prática, “super-depoimentos”.

Em primeiro lugar, cabe uma digressão sobre a prova testemunhal e sobre a prática da acusação de arrolar como testemunhas de acusação policiais que tiveram algum tipo de envolvimento com o fato descrito na denúncia. De acordo com o artigo 202 do Código de Processo Penal brasileiro, toda pessoa pode ser testemunha. Essa regra surgiu para fazer frente às recusas historicamente existentes quanto a possibilidade de escravos, mulheres, crianças, “pessoas de má-reputação” (prostitutas, drogados, travestis, pessoas com passagem anterior pelo sistema penal) poderem ser testemunhas (LOPES JR., 2012, p. 655).

Sendo assim, também o policial pode ser testemunha. É óbvio que eles podem depor sobre fatos que presenciaram e/ou dos quais tem conhecimento, sem qualquer impedimento. Não obstante, também é óbvio que o juiz deve ser extremamente cauteloso na valoração desses depoimentos, pois, de acordo com Aury Lopes Jr. (2012, p. 655-656),

os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento.

Entretanto, o Ministério Público, frente à escassez de provas coletadas na investigação policial, frequentemente dispõe apenas da prova testemunhal para provar a imputação feita na denúncia. Deste modo, arrola como testemunhas de acusação os policiais que participaram da operação a fim de driblar a regra do artigo 155 do Código de Processo Penal, que proíbe condenações baseadas exclusivamente nos elementos informativos colhidos durante o inquérito policial – justamente porque, como se sabe, vige aí o procedimento inquisitório, em que não se garante a ampla defesa, o contraditório e a publicidade dos atos.

Antes ou no início da audiência, o juiz concede aos policiais acesso livre às declarações que prestaram no inquérito, mediante o indevidamente alargamento da

treinamento militar recebido, causam nos policiais uma perda de reconhecimento do civil abordado como um outro que também é sujeito de direitos).

autorização existente no parágrafo único do artigo 204 do Código de Processo Penal⁹. É de praxe o próprio juiz fazer a leitura destas declarações aos policiais e, em seguida, perguntar “o Sr. reconhece a assinatura que está nesta declaração como sendo a sua assinatura?”. Sem surpresa, a resposta é sempre afirmativa e, ao fim desse jogo de palavras, resta confirmado o teor do que está escrito. O drible está dado.

Logo, o resultado prático da confirmação judicial dos depoimentos prestados em delegacia é o de uma blindagem retórica dos depoimentos policiais, como se se construísse uma barricada em torno da fragilidade da pretensão acusatória.¹⁰

Esse é mais um golpe de cena que (des) mascara o viés autoritário do nosso processo penal: se a sentença condenar o acusado com base nos depoimentos policiais prestados em juízo, que só confirmaram aqueles prestados durante a investigação policial, a regra do artigo 155 terá sido violada. Isso é tão evidente quanto inaceitável e, infelizmente, muito comum.

É ilusório pensar que os policiais, enquanto testemunhas de acusação, podem prestar um depoimento neutro ou objetivo, dissociado de qualquer emoção ou compromisso com sua atuação anterior, como se fosse possível dissociar aquele que observa daquilo que é observado.

⁹ “Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.”

¹⁰ Veja-se esse julgado do Superior Tribunal de Justiça em que se atesta que o procedimento de leitura dos depoimentos dos policiais em juízo é prática legítima: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. RATIFICAÇÃO DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITÓRIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se reconhece nulidade do processo em que a prova colhida em audiência consistiu na ratificação dos depoimentos prestados na fase inquisitorial da persecução penal, assegurada a possibilidade de reperguntas às partes. Precedentes.

2. Em decorrência da deficiente instrução dos autos, não há como reconhecer a apontada nulidade na instrução criminal. Segundo a ata de audiência constante da impetração, a oitiva das testemunhas de acusação foi realizada por meio audiovisual, não havendo sido trazida à colação a gravação da referida audiência, de maneira que nem sequer há como avaliar o seu conteúdo e verificar a legalidade do procedimento adotado por ocasião da oitiva das testemunhas arroladas pelo Parquet.

3. Ainda que, por hipótese, se considere ter havido a simples leitura, pelo representante do Ministério Público, dos depoimentos prestados perante a autoridade policial, com posterior ratificação dos relatos pelas testemunhas de acusação, a jurisprudência deste Superior Tribunal não identifica ilegalidade em tal procedimento, quando não demonstrado concreto e eventual prejuízo.

4. Além de a impetrante não haver indicado, na medida do possível, eventual prejuízo suportado pela defesa, também não aventou a suposta nulidade no primeiro momento processual oportuno, circunstâncias que, somadas, afastam qualquer possibilidade de anulação da fase instrutória.

(...)

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base aplicada ao paciente e, por conseguinte, diminuir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 445 dias-multa.

(HC 271.549/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJE 21/11/2016).

Logo, ao mesmo tempo em que não se pode impedir que os policiais que participaram de algum modo das operações que culminaram em um determinado processo atuem nele como testemunhas de acusação, é necessário estar alerta diante da pretensa objetividade de seus testemunhos (como de todos os outros testemunhos). Aliás, para Aury Lopes Jr. (2012, p. 664), deve-se assumir a impossibilidade prática desta objetividade, reduzindo o conceito do termo “objetividade”, contido no artigo 213 do Código de Processo Penal, à filtragem judicial dos excessos de adjetivação e de afirmações de caráter manifestamente (des)valorativo. Isto é o máximo que se pode esperar obter.

Feitas estas considerações acerca da validade e do valor a ser conferido aos depoimentos prestados por policiais militares arrolados como testemunhas de acusação, tem lugar, agora, a crítica à atribuição da presunção de veracidade a tais depoimentos, nas mais diversas instâncias de julgamento em matéria penal.

Em primeiro lugar, é importante compreender o que é ato administrativo. Para tanto, valem as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p. 197): “partindo-se da ideia da divisão de funções entre os três poderes do Estado, pode-se dizer, em sentido amplo, que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração.”. Esta expressão – ato da administração – é mais ampla e abrangente do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa. Sendo assim, para a autora, os atos administrativos se restringem à declaração do Estado, ou de quem o represente, feita mediante a observância da lei, que produz efeitos jurídicos imediatos, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Além deste conceito, podemos citar outros dois, um pouco mais abrangentes, de autoria dos renomados administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) e Hely Lopes Meirelles (2005).

Para o primeiro, ato administrativo é “uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Para o segundo, ato administrativo é “toda manifestação unilateral da vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Da análise destes conceitos conclui-se que o depoimento prestado por um policial militar *enquanto* (e esta conjunção temporal é extremamente importante aqui) testemunha de acusação de um processo penal não representa uma “declaração do Estado que produz efeitos imediatos”, nem “declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento”, nem “manifestação unilateral da vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações”.

No processo penal, o policial declara algo como testemunha de um fato pretensamente criminoso porque viu o que ocorreu ou porque teve conhecimento, ouviu dizer, participou das investigações etc., mas não *enquanto* representante do Estado. Sua função como testemunha não é prestar um depoimento a favor do Estado ou representar a postura do Estado sobre determinado fato, como se fosse seu porta-voz, mas, isto sim (e apenas isto), sobre o fato em si, um fato da vida aparentemente típico e ilícito, imputado a alguém culpável.

Tanto é assim que quando Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p.124) comenta o poder de polícia do Estado, distinguindo a polícia administrativa da polícia judiciária, afirma que

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária.

(...)

Conforme Álvaro Lazzarini (in RJTJ-SP, v. 98:20/25), a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.

A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividade; a segunda, pelo Direito Processual Penal, incidindo sobre pessoas.

Aqui se desfaz qualquer dúvida que ainda restava: a polícia que age, repressiva ou preventivamente, sobre um ilícito penal, é polícia judiciária, e, sendo assim, seus atos são regidos pelo Código de Processo Penal, que não dota as manifestações policiais de presunção de veracidade.

Neste sentido, a lição de Marçal Justen Filho (2012, p. 368):

Não seria compatível com a democracia republicana que a Administração Pública pudesse produzir unilateralmente um ato que vinculasse os particulares de modo absoluto e ilimitado.

(...) Logo, instaurado o litígio judicial, a única presunção que prevalece é aquela relacionada com a afirmação por parte da Administração da ocorrência ou da inoocorrência de certos fatos. (...).

Mesmo no tocante aos fatos, no entanto, a presunção depende de a Administração comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável para fundamentar suas afirmativas. Assim, se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inoocorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos. É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito, se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação.

(...)

Como decorrência, a presunção quanto à ocorrência ou inoocorrência de fatos não se aplica quando o particular invocar perante o Judiciário a invalidade do procedimento administrativo anterior ao ato questionado (que geraria tal presunção) apontando vícios na atuação administrativa.

Portanto, mesmo no âmbito de processos administrativos, a presunção de veracidade vale apenas para os atos administrativos produzidos em respeito às regras procedimentais e emitidos pela Administração Pública, nesta qualidade. E ainda assim estão sujeitos à impugnação judicial.¹¹

Logo, em definitivo, não sendo o depoimento prestado pelo policial, enquanto testemunha de acusação num processo penal, um ato administrativo, não cabe vesti-lo com o atributo da presunção de veracidade, atributo próprio dos atos administrativos e não de atos a serem cumpridos como parte do rito processual penal.

Sobre os atributos do ato administrativo (DI PIETRO, 2012, p. 204-206):

São aqui considerados como atributos dos atos administrativos a presunção de legitimidade e de veracidade, a imperatividade, a executoriedade e a autoexecutoriedade, que correspondem, na realidade, a verdadeiras prerrogativas do poder público, dentre as muitas que o colocam em posição de supremacia sobre o particular, já que os atos por este editados não dispõem dos mesmos atributos; será analisada também a tipicidade.

(...)

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em, decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

(...)

Na realidade, essa prerrogativa, como todas as demais dos órgãos estatais, são inerentes à ideia de “poder” como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.

¹¹ Neste mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 412): “No estado de Direito, já se vê, nenhum desses poderes é incondicionado. Nem mesmo se poderia dizer que existem sempre. Com efeito, o caráter instrumental das prerrogativas da Administração desde logo lhes desenha teoricamente o perfil. Sejam quais forem os meios jurídicos especiais que ataviam o desempenho da função administrativa, nenhuma existe como favor concedido à própria Administração. Em verdade, são favores concedidos aos interesses públicos: à função desempenhada e não ao sujeito que a desempenha. Eis por que unicamente persistem quando relacionados com a proteção deles.”

Logo, não há espaço para dúvida sobre a noção de presunção de veracidade não ter lugar no processo penal. Aqui, ao contrário do que acontece no Direito Administrativo, é prevista uma série de mecanismos, princípios e argumentos que destituem o Estado de sua posição evidentemente mais vantajosa que a do acusado, isto é, de sua posição de *supremacia sobre o particular* – exemplo disso são os Princípios da Presunção de Inocência, da Igualdade Processual, da Paridade de Armas, do *in dubio pro reo*, já comentados acima.

Não obstante, ainda que se pudesse considerar o testemunho judicial prestado por policiais como ato administrativo, a moderna doutrina administrativista já vem reconhecendo a irracionalidade do argumento da presunção de veracidade dos atos administrativos e da inversão do ônus probatório que ela implica, tanto no âmbito de processos administrativos como também em processos judiciais. Com acerto, como de praxe, afirma Di Pietro (2012, p. 206) que

Alguns autores têm impugnado esse último efeito da presunção [qual seja, o de que a presunção de legitimidade inverte o ônus da prova]. Gordillo (1979, t. 3, cap. 5:27) cita a lição de Treves e de Micheli, segundo a qual a presunção de legitimidade [a autora usa aqui presunção de legitimidade como sinônimo de presunção de veracidade] do ato administrativo importa uma *relevatio ad onera agendi*, mas nunca uma *relevatio ad onera probandi*; segundo Micheli, a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que “na dúvida, a favor do Estado”, mas sim no de que “na dúvida, a favor da liberdade”; em outras palavras, para esse autor, a presunção de legitimidade do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação.

Na realidade, não falta parcela de razão a esses autores; inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se, também, o ônus da prova, porém não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; (...).

Esta crítica é tema de diversos estudos acerca da “prova diabólica” como decorrência da inversão do ônus da prova demandada pela presunção de veracidade dos atos administrativos. Para Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 77), tal argumento deve ser tratado com cautela, sobretudo em seus aspectos incompatíveis com o devido processo legal.

Sobre esse aspecto, Demian Guedes elucida que entre os institutos centrais das relações de direito público que demandam uma cuidadosa reavaliação está a presunção de veracidade dos atos administrativos, que, apesar de não contar com fundamentação legal específica, ainda é considerada o “fantasma que apavora quem litiga com a Administração”. Diz, ainda, que ‘por se tratar de uma presunção que não ostenta qualquer respaldo legal – especialmente após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 –, a presunção de veracidade deve ser analisada com certa ‘suspeita’, promovendo-se sua cautelosa oposição a outros valores e princípios administrativos, estes sim, expressos no ordenamento jurídico.

Ainda, especificamente sobre o conflito entre a presunção de veracidade e a presunção de inocência, a pertinente lição (ARAGÃO, p. 79):

Se o processo serve apenas para enaltecer a palavra do agente público e, assim, abandonar o cidadão em condições de franca desvantagem, invertendo o princípio da presunção de inocência, não se pode falar em legitimação do poder estatal.

Com efeito, a presunção de veracidade de fatos meramente invocados pela administração pública levaria à presunção de culpa do administrado.

Entretanto, cabe destacar que, em sentido frontalmente contrário a tal presunção de culpa, prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LV, c/c inc. LVII, o **princípio da presunção de inocência**. Esse princípio é corolário do princípio do devido processo legal, e impõe ao órgão acusador “o ônus substancial da prova” da ilicitude alegada.

Em definitivo, o depoimento prestado pelos policiais não é ato administrativo e por isso não está amparado pela presunção de veracidade – e ainda que fosse considerado ato administrativo, a presunção de veracidade que lhe seria própria não desoneraria a acusação de trazer aos autos outras provas que confirmassem sua pretensão acusatória, além do testemunho policial. Mais não precisa ser dito, sob pena de monótona repetição.

Logo, a frequente prática dos julgadores brasileiros de dotar os depoimentos policiais de presunção de veracidade demonstra ou o desconhecimento das lições mais comezinhas de Direito Administrativo e Processual Penal ou a sua má intenção e o seu compromisso com um processo penal de viés autoritário e inquisitorial, em que se nega efetividade à ampla defesa do acusado, reduzindo-o a mero objeto de prova, como nos idos da Itália fascista, da ditadura militar brasileira e de outros episódios tão sombrios da nossa história.

A atribuição de presunção de veracidade aos depoimentos prestados pelos policiais enquanto testemunhas de acusação, tornando-os “super-depoimentos”, contraria todo o sistema de provas já consagrado há mais de um século na doutrina brasileira e internacional.

O primeiro sistema de provas foi o “sistema legal”, também chamado de sistema tarifado, em que a própria lei previa uma hierarquia entre as provas, sendo que a confissão era considerada uma prova absoluta, “a rainha das provas”. Muito comum durante a Inquisição, tal sistema foi superado diante dos graves inconvenientes que impunha ao juiz, engessando-o na análise do caso concreto. Não obstante, tal sistema ainda reverbera no processo penal brasileiro, em que a confissão ainda é a menina dos olhos de ouro da instrução criminal.

Passou-se, então, ao sistema da íntima convicção, em que se permitia ao juiz valorar as provas como bem entendesse e sem ser obrigado a fundamentar sua avaliação. É óbvio que o excesso de discricionariedade permitido por este sistema o tornou insustentável, apesar de

ainda estar vigente nos julgamentos proferidos pelos jurados no Tribunal do Júri, que não precisam motivar ou fundamentar suas decisões.

Chegou-se, daí, à construção do sistema do livre convencimento motivado, adotado no Brasil desde a publicação da lei 11.690 de 2008, que alterou a redação do artigo 155 do Código Penal¹². Agora, todas as provas são relativas, ou seja, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras, nem mesmo as provas técnicas.

Sendo assim, o que se está fazendo, na prática, ao atribuir aos depoimentos policiais a presunção de veracidade, é atribuir-lhes maior valor, como se tal prova testemunhal valesse mais do que o interrogatório do acusado, mais do que uma prova técnica ou mesmo mais do que o depoimento prestado por uma testemunha de defesa, num evidente retrocesso ao modelo medieval de provas tarifadas. Mais uma vez, ou isso denota o desconhecimento doutrinário do julgador, ou seu compromisso com um processo penal antidemocrático, que atribui à acusação – como se ela já não iniciasse o jogo com vantagem – maior poder de influência que à defesa.

Portanto, e por fim, é trabalho de todo jurista que se afirme comprometido com um processo penal de garantias – único modelo compatível com a Constituição – criticar e resistir na crítica às sentenças condenatórias fundamentadas apenas, ou principalmente, no testemunho de policiais e que, por essa sua sabida fragilidade, concedem-lhes atributos próprios de outros ramos do Direito, como se fosse possível atribuir ao Estado-acusação, no processo penal, uma posição de supremacia em relação ao particular-acusado.

5. CONCLUSÃO

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho já disse que o *processo é instrumento*, ou seja, um conjunto de atos preordenados que se destinam a um fim. Aqui, como se vê, agregam-se dois elementos, quais sejam: o sistema e a finalidade do sistema. O instrumento existe, portanto – e sempre foi assim –, para que não se duvide que o conjunto não tem um *fim em si mesmo*, seja como *essência*, seja como uma *verdade que um sujeito lhe atribua*.

Enquanto o Ministério Público exerce a estratégia de produzir apenas a prova testemunhal para sustentar a procedência de sua pretensão acusatória – porque, além de saber não ser necessário muito esforço para promover a condenação de alguém, a justiça processual

¹² “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

penal brasileira respalda e se dá por satisfeita com essa técnica –, a opção jurisdicional por conceder a este tipo de prova o atributo da presunção de veracidade, próprio dos atos administrativos, os quais são praticados pela Administração pública em posição de supremacia sobre o particular, é um retrato de que ainda temos muito que lutar pela efetivação dos direitos fundamentais e pela democracia prometidos na Constituição Federal de 1988.

A opção política feita pela maioria dos julgadores em favor da legitimidade desse argumento, tão errôneo em sua origem quanto poderoso em sua consequência, se faz valer cotidianamente nos milhares de condenações infundadas que, sem a ajuda dos “super-depoimentos”, não se sustentariam.

Não obstante, devemos fazer valer o denominador mínimo comum de sentido da Constituição e dos diversos princípios referidos acima, porque a opção política constitucional é pelo sistema acusatório. Esta não é tarefa fácil, como já se disse, mas devemos seguir lutando com paciência, resiliência e esperança, sentimentos próprios da democracia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012, ISSN 0034.8007.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 10 set. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada no processo penal. **Conjur**, coluna 'Limite Penal', 20 de junho de 2014. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal#_edn1. Acesso em 10 set. 2017.

_____; KHALED JR., Salah. Inquéritos policiais e processos em andamento como antecedentes criminais: o Supremo sucumbirá ao fascismo? **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/inqueritos-policiais-e-processos-em-andamento-como-antecedentes-criminais-o-supremo-sucumbira-ao-fascismo-por-salah-khaled-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em 10 set. 2017.