



## UM ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE EPISTEMOLÓGICA DA SÚMULA N. 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

**Robert George Otoni de Melo**

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

**Lucas Ariei Bezerra Medina**

Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/Uninter. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

### RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir a validade da Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e sua relação com a construção da verdade no processo penal. Para tanto, o artigo pretende revisar as contribuições de Susan Haack para compreender a validade da aplicação desta súmula, considerando a possibilidade do predomínio dos depoimentos das autoridades policiais como condão para sustentar a condenação criminal. Por fim, o artigo pretende sugerir um conceito de standard probatório, visando garantir maior governança na persecução penal.

**Palavras chave:** Verdade. Súmula n. 70. Haack. Validade.

### 1 INTRODUÇÃO

A frase “não temos provas, apenas a convicção”, que circulou com proeminência no debate público brasileiro nos últimos tempos, força a reflexão sobre uma realidade ainda presente no dia a dia forense: em determinados crimes, a mera convicção de quem depõe é o suficiente para uma condenação.

Nessa perspectiva, a Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é, talvez, o exemplo mais contundente sobre como é possível condenar alguém somente se baseando na convicção de uma testemunha, no caso, a autoridade policial. A problemática deste texto sumular reside na hipótese, cada vez mais comprovada empiricamente, de que o depoimento da

autoridade policial pode estar enviesado e, por isso, não poderia servir, por si só, para respaldar uma condenação.

Com o propósito de observar esse fenômeno, o artigo pretende lançar uma necessária luz à mencionada Súmula n. 70, objetivando contextualizar e problematizar sua aplicação no sistema processual penal brasileiro. Conforme será visto neste artigo, no tocante aos crimes de tráfico de drogas puníveis pela Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), ao ser garantida a condenação apenas com o depoimento pessoal das testemunhas, quando estas forem autoridade policial, o texto sumular tende a retroalimentar e favorecer a discricionariedade policial em um contexto de “guerra total”, guardadas as particularidades do conceito usado por Domenico Losurdo, mas do qual se utilizará para descrever o conflito urbano travado no cenário de “guerra às drogas”.

Além disso, o próprio texto sumular parece ferir critérios mínimos de validade quando confrontados com estudos mais consolidados sobre epistemologia da prova no processo penal, conforme será asseverado no decorrer deste artigo.

Portanto, está dividido em três partes: em um primeiro momento, o artigo estabelecerá como parâmetro de análise as contribuições da filósofa Susan Haack a fim de discutir a validade epistemológica da Súmula n. 70 do TJRJ. A autora possui extensa e sólida produção literária relacionada à construção da verdade no processo penal, motivo pelo qual suas lições podem ser relevantes para este campo.

Em um segundo momento, o artigo trabalhará a necessidade de se observar o impacto da Lei de Drogas no crescimento da população carcerária ao longo dos últimos 13 anos de sua vigência e o impacto da aplicação da Súmula n. 70 quando relacionada a delitos dessa natureza, objetivando compreender suas consequências no fluxo do sistema de justiça criminal.

Em um terceiro, e derradeiro, momento, após o estabelecimento do marco analítico, o artigo procura desenvolver a difícil tarefa de sugerir um conceito de *standard* (padrão, em tradução livre) probatório, buscando entender se o parâmetro instituído pela Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se adequa aos fatos que constituem os conflitos fortemente acirrados com o advento da “guerra às drogas”.

## **2 A TEORIA *FOUNDHERENTIST* DE SUSAN HAACK COMO SUPERAÇÃO DO NEOPRAGMATISMO: EM BUSCA DA VERDADE**

É de Friedrich Nietzsche a frase “não há fatos, somente interpretações” (NIETZSCHE *apud* CAMARGO, 2008, p. 107). Ainda que se possa objetar que o filósofo não se referia “a todos os tipos de fatos, mas exclusivamente aos fenômenos morais” (STELLINO, 2017, p. 260), sobre o que não se pretende tratar com maiores detalhes neste artigo, o fato é que toda uma tradição interpretativa se formou ao redor dessa provocação.

Existem fatos sensíveis capazes de serem apropriados objetivamente por nós humanos? É possível considerar que a realidade nada mais é do que o tratamento interpretativo do que parece existir? Sendo assim, os fatos, objetivamente considerados – isto é, sem os confundir com a interpretativa realizada pelo indivíduo –, não têm (e nem devem ter) qualquer importância nas nossas decisões?

Um dos principais expoentes contemporâneos de uma perspectiva que “rejeita que o conhecimento seja mero resultado de representação ou linguística da realidade” (ROCHA, 2012, p. 72) é o filósofo estadunidense Richard Rorty. Ao afastar-se da filosofia tradicional, sua obra se volta para superar a epistemologia clássica – calcada numa preocupação em espelhar o mundo fenomênico – considerando-se que “nós vemos conhecimento como uma questão de conversação/diálogo e como uma prática social ao invés de uma tentativa de refletir a natureza” (BJØRN, 2001, p. 6).

Tal ideário se apresenta no projeto de “explicar racionalidade e autoridade epistêmica pela referência ao que a sociedade nos permite dizer [...] é a essência do que chamarei de behaviorismo epistemológico, uma atitude comum a Dewey e Wittgenstein” (BJØRN, 2001, p. 7). As práticas sociais, então, são o centro de onde emana o sentido da realidade social construída.

Já quanto à verdade, o ponto central da tese de Rorty é que “nossos usos ordinários dessas noções (verdade, conhecimento e objetividade) sempre são trocados por seu conteúdo e apontam para características particulares de seus variados contextos de aplicação” (BJØRN, 2001, p. 10). É também por compreender que a ideia de um conhecimento objetivo não pode ser alcançada, que ele sustenta que “nós simplesmente não temos um conceito de realidade objetiva que possa ser invocado para explicar o sucesso de uma série de normas de justificação, ou para justificar alguns padrões em face de outros” (BJØRN, 2001, p. 10).

Assim, a tese neopragmática de Rorty – de que a realidade objetiva é inacessível, cabendo apenas ao discurso e à linguagem definirem-na, “construírem o mundo”, por assim

dizer – pode acarretar um efeito de cegueira não deliberada para questões que ocorrem a olhos vistos no mundo real e que, ademais, têm provocado o alarmante caos humanitário do sistema penitenciário brasileiro.

Um projeto complementar – que não rejeita totalmente o neopragmatismo, mas, antes, incorpora avanços proporcionados pela “*linguistic turn*” (“viragem linguística”, em tradução livre) – tem sido construído pela filósofa estadunidense Susan Haack. Em sua obra *Evidence Matters* (2014), a epistemóloga da Universidade de Miami questiona:

‘se, por exemplo, Richard Rorty tinha o direito de insistir que todo o esforço epistemológico é equivocado, se o padrão do que torna evidências robustas ou débeis realmente for, como ele professou acreditar, puramente convencional’, jamais podendo ser considerada como ‘indicador da verdade’, certamente o que se conhece por ‘sistema de justiça’ não seria outra coisa senão um ‘tipo cruel de teatro judicial’ (HAACK, 2014, p. 4).

Tendo em vista que a perspectiva dos sistemas jurídicos é chegar ao estabelecimento de uma “verdade”, sem, para tanto, alimentar o “mito da verdade real” (ÁVILA, 2013, p. 43-44) ou erodir direitos fundamentais expressos nas constituições do pós-guerra, é que o argumento de Haack se impõe, na medida em que não abre mão da possibilidade de conhecer objetivamente o mundo.

A pretensão epistemológica da autora é transpor algumas das principais barreiras presentes no campo científico do Direito. Para ela, o que uma teoria com essa pretensão precisa “não é somente [de] uma teoria epistemológica focada centralmente na evidência e na sua avaliação” (HAACK, 2014, p. 6), “mas também [de] uma teoria epistemológica detalhada o suficiente para conseguir um entendimento específico levantado pelos procedimentos legais probatórios e de um bom acordo sobre a epistemologia implícita em regras jurídicas” (HAACK, 2014, p. 7).

Para Haack, é necessário definir o que são evidências, pois, somente assim, conseguir-se-á delinear um *standard* probatório ajustado aos crimes de tráfico, objeto deste artigo. Algo assim, portanto, não pode prescindir das contradições políticas de fundo (que estão expressas no mundo real), como se poderá notar ao interpretar a legitimidade dos testemunhos policiais a partir dos conceitos que ela desenvolve.

Anote-se, antes, que um avanço da pragmática, do qual a concepção *foundherentist* (“founderista”, em tradução livre) de Haack não está apartada, é a possibilidade de se partir da “ideia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-

denotativa dos significados das palavras ou expressões”, não se podendo silenciar “completamente o fato de que a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem”, o que aconteceu com o neopositivismo, como observa Streck (1999, p. 143).

Haack, preocupada com “o que torna justificado uma pessoa acreditar em algo, ou o que condiciona um argumento à garantia (pretensão) de justificação” (HAACK, 2014, p. 13), propõe, então, atributos centrais à sua teoria, que ela própria define como “*evidentialist, experientialist, gradational, foundherentist, quase-holistic e worldly*” (“Evidencialista, experiencialista, gradativa, founderista, quase-holística e secular”, respectivamente, em tradução livre) (HAACK, 2014, p. 12).

Necessário se faz apresentar, ainda que em linhas gerais, as classificações acima expostas. Uma teoria é “*evidentialist*” (“evidencialista”, em tradução livre) por se basear “na hipótese de que se (e, se sim, em que medida) uma pessoa está fundamentada a acreditar em algo, isso depende de quão boa a sua evidência é” (HAACK, 2014, p. 12). Por “*experientialist*” (“*experiencialista*”, em tradução livre), a autora quer dizer que concebe

a evidência experiencial como consistindo não só de proposições acreditadas, mas de eventos perceptíveis e de seu papel causal em trazer crenças como contribuintes à justificação em virtude da forma como a linguagem é aprendida’, ou, em outras palavras, refere-se à capacidade de trabalhar as evidências de modo a ‘incluir a experiência sensível do sujeito’ (HAACK, 2014, p. 13).

Já o atributo “*gradational*” (“gradativa”, em tradução livre) remete “à qualidade da evidência (e, então, de sua justificação epistêmica), não de forma categórica, mas, sim, gradativa” (HAACK, 2014, p. 13); enquanto ser “*foundherentist*” (“founderentista”, em tradução livre) é uma tentativa de reconciliar duas “famílias da justificação epistêmica tradicionalmente rivais, “*foundationalism*” (“fundacionalismo”, em tradução livre) e “*coherentism*” (“coerentismo”, em tradução livre).

Essa combinação, segundo a autora, permite estabelecer um sincretismo teórico a partir do espaço construído entre “evidência experimental e relações de apoio mútuo entre as crenças” (HAACK, 2014, p. 13), ambas típicas das duas famílias de justificação epistêmica citadas por ela.

O conceito que dá nome à teoria “*foundherentism*” (“founderentismo”, em tradução livre) é ilustrado por Haack com a metáfora de um jogo de palavras-cruzadas, considerando “a evidência *experiential* (“experiencial”, em tradução livre) análoga às dicas, e as razões (o pano

de fundo das crenças pessoais, ramificando em todas as direções) análogas aos já completos verbetes” (HAACK, 2014, p. 14).

Ainda, a teoria se apresenta como “*quasi-holistic*” (“quase-holística”, em tradução livre) porque entende a evidência como um retrato complexo da realidade, cuja relevância informacional precisa ser aferida visto que se pretende usar como prova para justificar uma alegação. E, por fim, ela a define como “*worldly*” (“secular”, em tradução livre) ao explicar que não basta entender a prova como o corolário natural de um sofisticado sistema de lógica formal, mas, superando isso, associá-la diretamente (em razão da dependência) “a fatos sobre o mundo” (HAACK, 2014, p. 15).

A credibilidade epistemológica de uma evidência sempre dependerá da lógica interna (coerência) do processo de conhecimento como também da análise holística, conjuntural em que o recorte sobre o fato foi produzido.

A exemplo dela, a preocupação deste artigo dirige-se a saber se e como determinado conteúdo informativo da realidade pode ser ou não tomado como representativo e verossímil da própria realidade. Portanto, trata-se de buscar entender qual sentido o sistema dá ao testemunho do policial para subsidiar condenações criminais de casos envolvidos no sistema social da guerra às drogas.

Entendendo que as reflexões de Haack são pertinentes para o objetivo deste artigo, busca-se em outro pensador, Larry Laudan, um complemento necessário para a compreensão sobre a epistemologia jurídica. Para traçar um panorama geral de seu projeto, é importante começar dos questionamentos frente a um postulado secular do direito penal estadunidense, o de que o *standard* probatório para condenar alguém deve estar acomodado

para além da dúvida razoável. Essa irresignação, diz ele, resulta de perceber que este postulado (em todas as suas formulações internas ao direito estadunidense, das quais não convém tratar): [...] falha em direcionar a robustez da prova e, tanto quanto permaneça fixada estritamente na força da convicção dos jurados, BARD [*beyond any reasonable doubt*] permanecerá aberta ao criticismo por confundir a mera força de uma crença (que pode ser descontroladamente irracional) com um argumento lastreado, robusto (LAUDAN, 2006, p. 61-62).

A crítica de Laudan, contudo, parece estar alicerçada numa hipótese política que, por tratar o aprisionamento como fim em si mesmo, caçoa, por exemplo, do suposto número irrisório de absolvições de que se beneficiaram apenas à pena de morte em razão do surgimento de novas técnicas, como o exame de DNA. O trecho em que isso fica claro merece ser transcrito:

Todavia, a despeito dos recentes protestos resultantes a partir da descoberta (sempre mediante novas técnicas forenses tal qual a análise de DNA) de que alguns apenados à pena de morte são genuinamente inocentes, o sistema está provavelmente funcionando melhor do que qualquer um de nós tem o direito de esperar. (LAUDAN, 2006, p. 59).

Espanta que o autor sustente isso nos Estados Unidos, país “vanguardista” no encarceramento em massa, de feição fordista, com mais de “2 milhões de indivíduos atualmente presos” e “4.9 milhões cumprindo o período de prova ou parole” (PAGER, 2007, p. 8), em que um em cada cinco internos está preso por um crime de drogas, demonstrando o distanciamento da formação social da comunidade periférica dos Estados Unidos.

Assim, sua teoria probatória renega a análise holística de que fala Haack e convive com os riscos de fomentar o encarceramento em massa injusto, além de sonegar a proteção os cidadãos marginalizados pela sociedade de classes estadunidenses mediante restrições ao sistema probatório.

Laudan, antes de inquirir as mais diversas formas de “*exclusionary rules*” (“regras de exclusão”, em tradução livre) do sistema norte-americano, firma um pressuposto: “[o] que nós devemos notar aqui é que toda regra que leva à exclusão de uma evidência relevante é epistemologicamente suspeita” (LAUDAN, 2006, p. 19). Do que não se pode discordar, afinal, é evidente que o processo trabalhará com menos informação. Resta, entretanto, como ele mesmo aponta, examinar “essas regras de inadmissibilidade e exclusão cuidadosamente para ver se o dano que elas infringem aos interesses da nossa busca pela verdade são adequadamente balanceados pelos ganhos de outras sortes” (LAUDAN, 2006, p. 19).

Em linhas gerais, a visão de Laudan sobre as regras de exclusão e admissibilidade se assemelha à do filósofo utilitarista inglês do século XVIII Jeremy Bentham, de cujo trabalho ele retira a seguinte frase para servir de epígrafe ao capítulo 7 de sua obra, no qual discute as questões acima: “Evidência/Prova é a base da justiça: excluir a evidência é excluir a justiça” (BENTHAM *apud* LAUDAN, 2006, p. 171).

Dito de forma mais detalhada, a objeção do epistemólogo estadunidense se assenta numa tese pragmática, a de que o “principal efeito das regras de exclusão e inadmissibilidade é prevenir que provas relevantes, embora aptas a provar um crime, sejam usadas em um julgamento se tiverem sido ilegalmente obtidas” (LAUDAN, 2006, p. 190), desconsiderando-se inteiramente a razoável dúvida que deve pesar sobre a intervenção do sistema punitivo em uma sociedade marcada por conflitos étnicos e de classe.



Assim, a preocupação do autor está na eventual relação existente entre as regras de exclusão e admissibilidade e o “aumento da probabilidade de absolvições equivocadas” (LAUDAN, 2006, p. 190). Com isso, ele sugere que ao invés de excluir informações relevantes (ainda que obtidas ilicitamente), opte-se por sancionar a má-conduta policial “via outros canais (por exemplo, sanções civis e criminais contra os agentes ofensores)” (LAUDAN, 2006, p.191).

Por conseguir se desvencilhar da visão acrítica, embora filosoficamente complexa, que dá o tom à teoria epistemológico-jurídica de Laudan, Haack constata que “não segue que mais evidências sejam sempre melhor que pior, de tal modo que a política deveria ser admitir todo elemento de informação” (HAACK, 2014, p. 42).

Debatendo com Bentham (e, por extensão, com Laudan, em boa medida) Haack explica que a tática do primeiro de cogitar como provável que outra evidência suplante uma não tão confiável não poderia ser bem-sucedida, como também não se poderia concluir “igualmente, que, na medida em que não temos todas os elementos de informação, a política deveria ser a de excluir aqueles potencialmente não confiáveis” (HAACK, 2014, p. 43).

Por uma questão também de pragmatismo, e não de apego estrito aos “potenciais” epistemológicos do mantra benthamiano da “liberdade probatória, entendida como livre acesso à informação e abstenção de regras formais que limitem seu acesso” (HO, 2015), Haack elege o meio termo, compreendendo que “qual caminho para determinar a verdade funcionará melhor num dado lugar ou tempo vai depender provavelmente de complicadas questões históricas, culturais, econômicas e sociais” (HAACK, 2014, p. 46).

E aqui se abre um ponto de interseção entre os dados dos conflitos sociais que explodem na sociedade e as políticas de admissibilidade probatória que podem ser empregadas para reduzir o risco de inflar injustamente o sistema penal.

Nada mais é do que entender a relevância da informação e evidência desde os fatos materiais que as dão forma (os aspectos *wordly* e *quasi-holistic* da teoria *foundherentist*), complementados, ainda, pelo garantismo constitucional, que estabelece um modelo de intervenção mínima na liberdade de locomoção dos cidadãos. Tudo a indicar para a necessidade de se remover o sistema de justiça criminal do centro das tentativas de resolver conflitos sociais, reduzindo sua atuação ao estritamente necessário.

### 3 CONTEXTUALIZANDO O DEBATE SOBRE SÚMULAS



O sistema jurídico brasileiro tem comportado cada vez mais a influência de decisões judiciais de seus Tribunais, sejam eles superiores ou estaduais. Apesar de soar como contrassenso, sobretudo, considerando que a tradição adotada no Brasil é oposta à importância dada a jurisprudência em sistemas *Common Law*, é um dado da realidade que esta tem ganhado um importante espaço na produção do direito.

Dentro desse cenário, estão as súmulas. Diferentemente das súmulas vinculantes, que efetivamente vinculam o juiz ao seu cumprimento integral, as súmulas não têm a mesma vocação teleológica. Por definição dogmática, as súmulas são “o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados” (NERY; NERY JÚNIOR, 2010, p. 796).

E, ainda que não tenham a força cogente necessária da obrigação, as súmulas significam “a palavra final da jurisdição acerca do sentido das normas” (STRECK, 1995, p. 324). Transpondo essa relação conflituosa entre produzir direito sem a legitimidade necessária para tanto, Streck reconhece uma dupla finalidade das súmulas: uma primeira, as súmulas nascem para repartir o poder de criação simbólica do direito.

Por outro lado, as súmulas também possuem um aspecto prático importante para o funcionamento da justiça enquanto burocracia. Para estabilizar a jurisprudência, as súmulas apresentam-se convenientemente como uma espécie de “controle do discurso jurídico dominante”, fechando a possibilidade de rediscussão da matéria presente no texto sumular. Portanto, nesse ínterim, Streck pontua que as Súmulas seriam “uma forma de redução da complexidade do Direito feita de forma unilateral, descontextualizada e histórica” (STRECK, 1995, p. 322).

Streck parece entender que a edição de Súmulas pelos Tribunais é, além de um mecanismo de controle institucional, também um importante instrumento de controle social, afinal, ainda que os juízes de primeira instância tenham autonomia para aplicar textos sumulares, a possibilidade de se recorrer da decisão para o Tribunal é plenamente prevista no ordenamento. Conforme será visto, a Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro insere-se nesse campo de disputas de sentido.

### **3.1 A Súmula n. 70 e a produção do direito incriminador**

De fato, pouco se tem estudado sobre o impacto das súmulas na produção do direito, o que exige um olhar mais atento para aquelas cujo resultado de sua aplicação parece gerar efeitos deletérios para o próprio direito. A Súmula n. 70, editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pode ser um exemplo para enxergar parte das consequências práticas de sua edição. Conforme sua redação: “Súmula 70 - O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

O contexto no qual o referido texto sumular se insere está na permissão dada ao juiz de direito para que possa condenar apenas usando as provas orais coletadas através dos depoimentos das autoridades policiais. Na prática, ao menos nos casos de tráfico de drogas, o Tribunal autoriza o juiz de primeira instância a condenar baseando-se somente no depoimento de uma testemunha, justamente aquela que efetivou a apreensão.

Alguns achados acadêmicos sustentam empiricamente o impacto de uma única testemunha nos processos criminais de tráfico de drogas. Em um estudo realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) intitulado “Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo” foram analisados cerca de 667 autos de detenção por porte de entorpecentes realizados em São Paulo durante os anos de 2010 e 2011. A conclusão do estudo aponta para um cenário pouco alentador: 74% dos autos analisados contaram apenas com o depoimento dos policiais que fizeram a prisão (JESUS, 2011).

Considerando especificamente a realidade do Rio de Janeiro, um outro estudo, ainda mais contundente, ajuda a evidenciar a problemática em torno da Súmula n. 70 e seu uso desenfreado para as condenações. Na “Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio”, a palavra dos policiais foi a única prova usada pelo juiz para fundamentar sua decisão em 53,79% das condenações por tráfico de drogas. Outros números da mesma pesquisa ainda apontam para um cenário em que 71,14% dos processos tiveram uma única testemunha (HABER, 2018).

Na outra ponta desse fluxo, as condenações transformam-se em execuções de pena que impactam diretamente no contingente populacional encarcerado no país. Do ponto de vista estatístico, segundo dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) sobre a situação prisional do Brasil em 2016, enquanto o tráfico tem sido o responsável pelo aprisionamento de 26% dos homens, o percentual, no que toca às mulheres, é ainda maior, de 62% (SANTOS, 2017).

O problema do encarceramento em massa decorrente da proibição de drogas é resultado da política criminal denominada “guerra às drogas”, iniciada em 1971 no mandato do ex-presidente estadunidense Richard Nixon, cujo objetivo foi a construção de uma “moldura bélica que dá a tônica da atuação do poder punitivo nas sociedades contemporâneas” (KARAM, 2017, p. 212), consolidando investidas maiores aos direitos de resistência frente ao poder punitivo.

[...] a hostilidade contra os selecionados sofredores concretos e potenciais da pena, ao acrescentar às ideias sobre o ‘criminoso’ – tradicionalmente visto como “mau”, o “outro”, o “perigoso” – e a seu papel de “bode expiatório” o ainda mais excludente perfil do inimigo, o que, naturalmente, facilita maiores intervenções do sistema penal e a conseqüente expansão do poder punitivo (KARAM, 2017, p. 213).

A escalada do recrudescimento penal, na visão de Maurício Dieter (2012, p. 8), utiliza um novo fundamento político-criminal, qual seja o paradigma atuarial, voltado à especulação probabilística do risco calculado de reincidência do infrator, aumentando, alegadamente, a eficiência da resposta sancionatória estatal.

Segundo Dieter, o objetivo deste novo modelo

é gerenciar grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é combater o crime – embora saiba se valer dos rótulos populistas, quando necessário – mas identificar, classificar, administrar segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluida possível (DIETER, 2012, p. 8).

Para o autor, a proposta da “Política Criminal Atuarial” conflita, na versão de um de seus principais expoentes, “com princípios fundamentais do Direito recorrendo em sua defesa ao princípio da eficiência, cânone da racionalidade econômica e principal critério de legitimidade de políticas públicas desde a década de 80” (DIETER, 2012, p. 214). As garantias são, sob esse aspecto, meras travas ao resultado “ótimo” de resolução do problema.

Assim sendo, a deliberada confusão de “justiça com eficiência, no que se mudava somente a fonte da arbitrariedade do sistema, da norma e seus intérpretes” caminharia “para os prognósticos de risco e atuários” (DIETER, 2012, p. 214). Tal modificação, ao que parece, visaria a superar um dilema imposto pelo direito penal liberal, qual seja:

[...] se o sistema de justiça criminal efetivamente se concentrar apenas na criminalização de fatos e pessoas vinculados a índices seguros de reincidência, o combate ao comércio de drogas ilícitas é oficialmente muito mais importante do que a repressão ao homicídio doloso e estupro, que deveriam ser socialmente incorporados como fatalidades desmerecedoras de tutela penal, porque menos previsíveis,

frequentes e muito mais onerosos em termos de instrução processual. (DIETER, 2012, p. 233)

Um outro efeito decorrente da Lei de Drogas pode ser constatado no trabalho de Campos e Alvarez (2017) sobre o qual estão baseadas algumas das conclusões deste artigo. Os referidos autores montaram um “modelo de série temporal interrompida [*interrupted time series designs*]” com o qual comparam, “de 2004 a 2009, o número de incriminações por trimestre de usuários e de traficantes no sistema de justiça criminal paulista” (p. 47).

Deste modelo extraíram-se vê-se que os processos de criminalização dos crimes de tráfico e de consumo pessoal são regidos por grandezas inversamente proporcionais. Ao tráfico, incide a macrocriminalização, a recorrência e o agigantamento da população capturada por esse dispositivo penal; enquanto a imputação por consumo representa cada vez uma menor fatia dos sujeitos levados ao sistema de justiça criminal pela Lei de Drogas:

A série temporal indica o aumento progressivo na incriminação de traficantes, a cada ano após 2006, o que ocorre concomitantemente com a diminuição de usuários incriminados: no último trimestre da série (outubro-dezembro de 2009) 87,5% das pessoas foram incriminadas por tráfico de drogas e 12,5% incriminadas por uso de drogas (CAMPOS; ALVAREZ, 2017, p. 47).

Portanto, é “plausível defender, nesse sentido, que há uma forte relação entre a diminuição do número de pessoas incriminadas como usuários e, concomitantemente, o aumento do número de pessoas incriminadas como traficantes” (CAMPOS, ALVAREZ, 2017, p. 47)

Esta modificação não é aleatória. Como justificam os autores, “a discricionariedade policial, característica histórica de nossa tradição jurídica (LIMA, 1989), explica em parte tal fenômeno” (CAMPOS, ALVAREZ, 2017, p. 67) e faz prevalecer a imputação pelo tráfico, dispositivo que impõe a prisão.

Afinal, com o advento da Lei nº 11.343/2006, o delito de consumo pessoal (art. 28 da referida Lei) não mais comina, como na antiga Lei nº 6368/1976, pena privativa de liberdade à conduta – o que provém de um sentimento de “perda de tempo” por partes dos agentes policiais, que, não raramente, possuem incentivos para encarcerar, fomentando estatísticas de “êxito”. O que não é contabilizado como prisão não se torna estatística policial positiva em face da opinião pública. A dinâmica, em suma, pode ser representada da seguinte maneira:

Aqueles sujeitos invisibilizados, tomados por sentimentos morais de injustiça e inseridos nas descontinuidades entre o mercado informal e o formal de trabalho,

encontram os acusadores que, em contato com eles, agenciam o dispositivo em sua dupla face – esvaziada de saúde pública e cheia de criminalização – em um personagem urbano descontínuo nas dobras entre formal-informal, legal-ilegal, lícito-ilícito, prevenção-repressão, dentro e fora das prisões (Godoi, 2015) (GODOI, 2015 *apud* CAMPOS; ALVAREZ, 2017, p. 67).

Estas evidências reforçam a hipótese de que, no contexto de “guerra ao crime”, sobretudo, na “guerra às drogas”, pesa uma dúvida sobre a isenção epistemológica dos relatos trazidos pelos policiais diretamente envolvidos com a abordagem, fenômeno objetivo e de ordem estrutural que lhes condiciona a atuação.

Isso ocorre justamente porque a “guerra às drogas” cria um ambiente de “guerra total”, fazendo um paralelo com o conceito desenvolvido por Domenico Losurdo. Segundo Losurdo, este conceito é regido pela substituição do princípio da responsabilidade individual pela lógica a priori do “amigo-inimigo” (LOSURDO, 2017, p. 161). Isto é, uma população ou comunidade de pessoas é inteiramente categorizada como “grupos étnicos e sociais”, condição que, por si só, representaria um perigo latente e continuado.

No âmbito criminal, a mesma justificativa norteia a política criminal atuarial, cujo discurso criminalizante se propõe a “gerir” grupos sociais “perigosos”, retomando Dieter (2012), de modo que esta classificação serve para ilustrar o cenário de tensão e guerra indiscriminada que constitui a realidade social entre cidadãos periféricos e agentes de polícia.

Do mesmo modo, o quadro de “guerra total” se intensifica no contexto de guerra às drogas, pois a autoridade policial passa a considerar como potencial “traficante” qualquer cidadão que pertença a grupos sociais periféricos. Forma-se, então, uma espécie de heurística, “atalho de como pensamos” (ROSA, 2017, p. 209); mais precisamente a “heurística da correlação ilusória”, que contamina a tomada de decisões levando o agente a decidir com base em atributos considerados relacionados ao fato social, do que são exemplos os estereótipos (ROSA, 2017, p. 216), com os quais operam os agentes de polícia, por questões majoritariamente engendradas pela estrutura social.

O entendimento de que o agente policial está entranhado – não por escolha absolutamente pessoal, mas pelas próprias condições materiais da “guerra total” – no conflito incessante da guerra às drogas faz pesar sobre sua visão dos fatos considerável insegurança quanto à necessária atuação imparcial e isenta, como retrata Valois:

Em um ambiente desse tipo quem está na linha de frente da batalha dificilmente terá a isenção necessária para ser a testemunha que a jurisprudência tem exaltado. Formado, treinado e agindo em constante tensão, tendo o tráfico de drogas como bode

expiatório de diversos males sociais, o policial não tem a imparcialidade pretendida pela racionalização da interpretação do STF [de que não há óbice à prova testemunhal do agente de polícia], seguida no resto do país (VALOIS, 2018, p. 497).

Em síntese, o agente policial está submetido a uma problemática estrutura discriminatória que tende a conduzir sua percepção da realidade de forma parcial. Será visto no próximo tópico como essa teia se estende para outros aspectos do processo criminal: ela não se encerra na apreensão da droga e na prisão em flagrante do suspeito, espalhando-se até a condenação desse, através de uma fina costura da verdade no processo penal.

### **3.2 A construção da verdade nos processos criminais relacionados aos crimes de tráfico de drogas**

Diante desse cenário, Maria Gorete Marques de Jesus olhou para vários inquéritos policiais sobre tráfico de drogas. Sua inquietação residia na construção da verdade inerente a esses processos judiciais. Como isso ocorria? Quais interações e quais atores interagiam na formatação de uma verdade? A palavra do policial que faz a abordagem e que testemunha contra o suspeito pesa tanto quanto a palavra do juiz de direito que condena?

Para Gorete, inicialmente, a “verdade policial, descrita nos autos, vai ser resultado de um processo de seleção daquilo que os policiais que realizaram o flagrante vão considerar adequado narrar e tornar oficial, daquilo que não vai aparecer” (JESUS, 2016, p. 424).

O processo de seleção mencionado por Gorete se estabelece através de uma operacionalização dos indícios e do “vocabulário de motivos” (destaque do original) em que, discricionariamente, serão distribuídos pela investigação policial diversos elementos que constituirão a verdade daquele processo.

Como foi realizada a abordagem? Em qual local foi efetuada a prisão? O que foi encontrado? A droga estava com a pessoa apreendida ou próxima a ela? Ele estava com dinheiro? Houve confissão? Estes e outros elementos vão ser considerados pelos policiais “indícios” de tráfico de drogas. (JESUS, 2016, p. 75)

Diante dessa maleabilidade, os inquéritos relacionados aos crimes da Lei de Drogas, que contam necessariamente com uma única testemunha, reputam-se os mais frágeis. Em seu estudo, Gorete realizou entrevistas com diversos delegados de polícia civil, autoridade responsável pela investigação criminal, e coletou percepções importantes da rotina de trabalho destes profissionais. Em uma dada entrevista, o delegado de polícia presume a boa-fé da

testemunha – um policial militar – afastando, de pronto, qualquer possibilidade de dúvida só pelo fato de ser policial.

Na maioria das vezes as testemunhas são policiais, é difícil ter outras testemunhas. O policial conhece o ladrão né, não se discute a palavra do policial, ele conta com o princípio da fé pública, não tem por que duvidar da palavra do policial. (JESUS, 2016, p. 118)

Para além da fragilidade em si, a questão torna-se ainda mais problemática ao se constatar que a atividade policial está inserida em um jogo de cumprimento de metas e coação. Gorete aponta que um dos motivos pelos quais policiais militares buscam atingir um determinado número de apreensões é para que não sofram coações de superiores hierárquicos (JESUS, 2016, p. 122).

Em outra entrevista realizada por Gorete em seu trabalho, dessa vez a um policial militar, a combinação da necessidade de se realizar flagrantes, notadamente relacionada à “apreensão de drogas” (nota original), surge como consequência dos programas de metas: “tem que conseguir dar flagrante [...] vai ter que realizar muitas abordagens e apreensão de drogas” (JESUS, 2016, p. 121).

A pesquisa de Gorete parece indicar duas importantes percepções complementares às percepções já trazidas neste artigo. Uma primeira percepção é de que as prisões e condenações decorrentes de apreensões de drogas podem ter fragilidades relevantes e, por si só, devem ser enxergadas com mais atenção. Uma dessas fragilidades decorre da presença de uma única testemunha quando da apreensão e prisão em flagrante. Dado que se trata de uma autoridade policial, mas além disso, pública, a presunção de que sua atividade está correta parece evidente.

Uma segunda e mais apurada percepção é de que, neste ambiente de guerra total, o policial militar nada mais é que um indivíduo a serviço do Estado. Por estar nessa posição, este mesmo policial sofre pressões, sobretudo internas, que afetam seu cotidiano e sua perspectiva de carreira na corporação. A busca por resultados pode limitar ou deteriorar a qualidade de seu serviço prestado.

Logo, os relatos de uma testemunha nesta condição inescapável têm por efeito um potencial enviesamento danoso à garantia do cidadão a um processo justo, problemática que robustece a hipótese de que informações passadas por uma das partes insertas na conflitiva relação de “amigo-inimigo” e de “guerra total” não podem, por si só, fomentar uma condenação.



#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, como se pretendeu demonstrar, o ambiente em torno do qual a prova testemunhal do agente de polícia é moldada favorece o arbítrio e possui uma forte propensão a ser utilizada como ferramenta de guerra contra o inimigo, pode-se verificar o potencial ao injusto de que é dotado o entendimento sumulado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo que a mera possibilidade de se condenar alguém baseada na Súmula n. 70 constitui um temerário problema de justiça.

Entende-se, diante dos problemas apresentados, que, mais do que meramente afastar a Súmula por ostentar contradições epistemológicas, é necessário sugerir alternativas.

Primeiro, não parece adequado insistir na presunção de boa-fé dos atos administrativos (inclusive policiais). É que esta pode servir, o que se vê ser o caso também da Súmula n. 70, para viabilizar carta branca para que as condenações em crimes de tráfico de drogas sejam sustentadas pelo sujeito mais próximo, parcial e envolvido possível, o agente policial, o que colocará em cheque a legitimidade do sistema em face de condenações posteriormente revertidas.

Não se sustenta, aqui, rechaçar completamente que se utilize dos testemunhos policiais para instruir o caso penal. Mas, quando esta for a única evidência a compor os autos, propõe-se que ela (a exemplo do que ocorre com a confissão), em razão da baixa confiabilidade e pelo risco elevado, não sirva para respaldar uma condenação criminal.

Criar-se-ia, nesse sentido, uma regra de julgamento para vedar condenações lastreadas unicamente nas palavras dos agentes de polícia – em sentido contrário, desta feita, ao que pretendeu a Súmula n. 70 do TJRJ – já que não seria razoável deixar à discricionariedade do agente público mais envolvido pelos traumas das condições de sociabilidade beligerantes construídas pela guerra às drogas o destino de um cidadão.

Outra proposta, que pode auxiliar a atingir um *standard* probatório mais isento e rigoroso, é servir as polícias com câmeras, ideia já utilizada em outros países, próprias para as atuações ostensivas, minimizando os efeitos não intencionais que tendencialmente surgem das impressões testemunhais dos policiais, trazendo ao julgador informações mais qualificadas, visto que apartadas de recortes subjetivos distorcidos pelos conflitos impulsionados pela guerra às drogas, em especial, entre os agentes de polícia e as populações periféricas.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

Portanto, o ambiente de guerra total, que inclina os participantes a violar à Constituição, não pode conviver com um padrão probatório tão baixo quanto o empregado pela Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas Memórias e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BJØRN, Ramberg. **Richard Rorty**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Tradução de Leonel Coutinho Afonso. Richard Rorty. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~margutti/Richard%20Rorty%20Stanford.pdf>. Acesso: 06 maio 2020.

CAMARGO, Gustavo Arantes. Sobre o conceito de verdade em Nietzsche. **Revista Trágica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 93-112, jul./dez. 2008.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; ALVAREZ, Marcos César. Pela metade: Implicações do dispositivo médico-criminal da “Nova” Lei de Drogas na cidade de São Paulo. **Tempo Social**, v. 29, n. 2, p. 45-74, 2017.

DIETER, Mauricio Stegeman. **Política criminal atuarial: A criminologia do fim da história**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de *et al.* **Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP. E-book, 2011. [s. n.].

\_\_\_\_\_, Maria Gorete Marques de. **'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. 2016. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, 2016.

HAACK, Susan. Epistemology and the Law of Evidence. *In: Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law (Law in Context*, pp. 1-26). Cambridge: Cambridge University Press. 2014.

HABER, Carolina Dzimas (Org). **Relatório final pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública, 2018.

HO, Hock Lai. The legal concept of evidence. 2015. The **Stanford Encyclopedia of Philosophy** Edward N. Zalta (ed.), Disponível em:

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/evidence-legal/>. Acesso em: 01 maio 2020.

KARAM, Marcia Lucia. In: DALLA VECHIA, Marcelo *et al.* (Org.) **Drogas e Direitos Humanos: Reflexões em Tempos de Guerra às Drogas**. Porto Alegre: Rede Unida, 2017.

LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LOSURDO, Domenico. **Guerra e Revolução**. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Civil Extravagante**. 11<sup>a</sup>. ed. Ver. Ampl. E atual. Até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAGER, Devah. **Marked, Race, Crime, and Finding Work in an Era of Mass Incarceration**. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

ROCHA, Maria José Pereira. A crítica de Richard Rorty à teoria do conhecimento e uma possibilidade de redescrição. **Revista Redescições**, Revista online do GT de Pragmatismo, ano 3, n. 3, p. 71-80, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Thandara. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Jun. 2016. **Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 2017.

STELLINO, Paulo. Projetivismo dos valores em Nietzsche. **Caderno Nietzsche**, Guarulhos/Porto Seguro, v. 38, n. 3, p. 259-271, set./dez. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. 1995 Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Curso de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Florianópolis, 1995.

\_\_\_\_\_, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2018.

**A STUDY OF THE EPISTEMOLOGICAL VIABILITY OF THE SUMULA N. 70 FROM RIO DE JANEIRO COURT OF JUSTICE**

**ABSTRACT**

The objective of this article is to discuss the validity of the Rio de Janeiro Court of Justice Sumula n. 70 and its relations with the construction of truth on criminal procedure. This article pretends to review Susan Haack's works to understand the enforcement validity of this Sumula, regarding the possibility of the predominance of police authority testimony as a reason to sustain a criminal conviction. The article pretends to suggest a concept of proof standard, aiming to guarantee best ensure greater governance in criminal prosecution.

**Keywords:** Truth. Sumula n. 70. Haack. Validity.