

RECURSO ESPECIAL Nº 2037491 - SP (2022/0354287-9)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : THIAGO EDVANIO DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP227133
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SILÊNCIO DO ACUSADO NA ETAPA INVESTIGATIVA SEGUIDO DE NEGATIVA DE COMISSÃO DO DELITO EM JUÍZO. VIOLAÇÃO DIRETA DO ART. 186 DO CPP. RACIOCÍNIO PROBATÓRIO ENVIESADO. EQUIVOCADA FACILITAÇÃO PROBATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO A PARTIR DE INJUSTIFICADA SOBREVALORAÇÃO DO TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. MÚLTIPLAS INJUSTIÇAS EPISTÊMICAS CONTRA O RÉU. INSATISFAÇÃO DO STANDARD PROBATÓRIO PRÓPRIO DO PROCESSO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é sucedâneo lógico do princípio *nemo tenetur se detegere*. Neste sentido, é equivocado qualquer entendimento de que se conclua que seu exercício possa acarretar alguma punição ao acusado. A pessoa não pode ser punida por realizar um comportamento a que tem direito. Esse reprovável subterfúgio processual foi enfrentado no julgamento do HC n. 330559/SC, em 2018. Consta, na ementa daquela decisão, apontamento que também serve para o caso ora em apreço: "3. Na verdade, qualquer pessoa ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe à produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente". (HC n. 330559/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6a T, DJE 9/10/2018)

2. Quem quer que se veja envolvido em um procedimento investigativo da justiça criminal tem o direito de se manter em silêncio e não colaborar. O fato de que a CRFB de 1988 tenha disposto, em seu art. 5o, inc. LXIII, que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o e permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" não deixa dúvidas quanto à não recepção do art. 198 do CPP, quando diz que o silêncio do acusado, ainda que não importe em confissão, poderá se constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Ora, quando a Constituição reconhece o direito ao silêncio, restam excluídas de nosso ordenamento regras que autorizem situações em que o exercício de um direito gere prejuízos ao cidadão. Ter direito ao silêncio significa poder exercê-lo sem que, por isso, seja punido. E tanto ficar em silêncio constitui um direito, que pesa sobre o Estado a obrigação de explicá-lo a toda e qualquer pessoa, no exato momento de sua prisão.

3. Ademais, a dimensão da presunção de inocência (enquanto regra de julgamento) determina que, a menos que a acusação satisfaça o ônus de provar que pesa sobre ela, o cidadão tem o direito de ser tratado como inocente. Ele não pode ser prejudicado quando o Estado deixa de satisfazer a condição que ele, Estado, deve cumprir para que esteja legitimado a exercer o poder de punir. Nas palavras de Maria Elizabeth Queijo: "A recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face do princípio da presunção de inocência" (QUEIJO, Maria Elizabeth. "O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102)

4. No caso dos autos, a absolvição em 1a instância do recorrente foi revista pelo tribunal

que, acolhendo a apelação interposta pela acusação, condenou o réu pela prática do delito incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Na linha argumentativa desenvolvida pelo TJSP, a negativa do réu em juízo quanto à comissão do delito seria estratégia para evitar a condenação. Estas as exatas palavras utilizadas no acórdão recorrido: "Fosse verdadeira a frágil negativa judicial, certamente o réu a teria apresentado perante a autoridade policial, quando entretanto, valeu-se do direito constitucional ao silêncio, comportamento que, se por um lado não pode prejudicá-lo, por outro permite afirmar que a simplória negativa é mera tentativa de se livrar da condenação". Houve, portanto, violação direta ao art. 186 do CPP.

5. O raciocínio enviesado que concedeu inequívoco valor de verdade à palavra dos policiais e que interpretou a negativa do acusado em juízo como mentira, teve o silêncio do réu em sede policial como ponto de partida. A instância de segundo grau erroneamente preencheu o silêncio do réu com palavras que ele pode nunca ter enunciado, já que, do ponto de vista processual-probatório, tem-se apenas o que os policiais afirmaram haver escutado, em modo informal, ainda no local do fato.

6. Decidiu o Tribunal estadual, então, que, se de um lado havia razões para crer que o réu mentia em juízo, de outro, estavam os desembargadores julgadores autorizados a acreditar que os policiais é que traziam relatos correspondentes à realidade, ao afirmarem: 1) que avistaram o acusado descartando as drogas que foram encontradas no chão, 2) que a balança de precisão que estava no interior de um carro abandonado seria do acusado e, adicionalmente, 3) que ainda na cena do crime, o recorrente haveria confessado informalmente que, sim, traficava. Essa narrativa toma como verídica uma situação em que o investigado ofereceu àqueles policiais, desembaraçadamente, a verdade dos fatos, em retribuição à empatia com que fora tratado por eles; como se houvesse confidenciado um segredo a novos amigos, e não confessado a prática de um delito a agentes da lei. Com a devida vênia, esta sim é uma hipótese implausível. Se é que de fato o acusado confirmou para os policiais que traficava por passar por dificuldades financeiras, é ingenuidade supor que o tenha feito em cenário totalmente livre da mais mínima injusta pressão.

7. Para o que importa à análise do presente caso, são oportunas as reflexões relativas às chamadas injustiças epistêmicas. Conforme nos ensinam os seus estudiosos, sociedades marcadas por preconceitos identitários — como, aliás, é o caso da sociedade brasileira — acabam por apresentar trocas comunicativas injustas. Por vezes, a pessoa deixa de ser considerada enquanto sujeito capaz de conhecer o mundo adequadamente pelo simples fato de ser quem é. Sobre essas situações, Miranda Fricker explica que se comete uma injustiça epistêmica testemunhal quando um ouvinte reduz a credibilidade do relato oferecido por um falante por ter, contra ele, ainda que não de forma consciente e deliberada, algum(s) preconceito(s) identitário(s) (FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007). Negros em sociedades racistas, mulheres e pessoas LGBTQIA+ em sociedades machistas, pessoas com deficiência em sociedades capacitistas são alguns exemplos de vítimas sistemáticas de injustiça epistêmica testemunhal. Indivíduos provenientes de grupos sociais vulnerabilizados têm de enfrentar o peso dessa realidade opressora nos mais diversos contextos, inclusive no contexto da justiça criminal.

8. Nessa perspectiva, e ante a circunstância de que o recorrente é pardo, cabe a lembrança do pensamento de Sueli Carneiro, acerca do racismo estrutural que permeia a sociedade brasileira: "No caso do negro, a cor opera como metáfora de um crime de origem da qual a cor é uma espécie de prova, marca ou sinal que justifica a presunção de culpa. Para Foucault, 'ninguém é suspeito impunemente', ou seja, a culpa presumida pelo *a priori cromático* desdobra-se em *punição a priori*, preventiva e educativa. A suspeição transforma a cena social para os negros em uma espécie de panóptico virtual, 'a vigilância sobre os indivíduos se exerce

ao nível não do que se faz, mas do que se é, não do que se faz, mas do que se pode fazer'. Assim, a própria cena social é onde se realiza a vigilância e a punição como tecnologias de controle social". (CARNEIRO, Sueli. *Dispositivo de racialidade: a construção do outro como não ser como fundamento do ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 2023, p. 125)

9. Ademais, analisando o fenômeno das falsas confissões, autores como Jennifer Lackey sinalizam que o sistema de justiça acaba praticando múltiplas injustiças epistêmicas contra um mesmo sujeito: ao confessar (ainda que sob tortura, maus tratos, ameaça, pressão psicológica etc.), o investigado/acusado tem rapidamente reconhecida a sua credibilidade; quando, ao contrário, busca se retratar, já não é considerado merecedor do mais mínimo grau de credibilidade. Trata-se de um paradoxo: acreditam que o relato do sujeito corresponde a uma correta reconstrução dos fatos precisamente quando ele tem menos preservada a sua autonomia cognitiva; de outro lado, quando mais pode trazer declarações confiáveis, porquanto emitidas sem injustas pressões externas, aí é que não se observa mínima disposição para acreditar em suas palavras. Essa falaciosa economia de credibilidades que o sistema de justiça oferece a um *único e mesmo sujeito* em distintos momentos constitui claro exemplo do que Lackey nomeou de *injustiça epistêmica agencial* (LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. In *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 110, p. 43-68, p. 60, 2020).

10. Foi exatamente o que ocorreu no caso desse recurso especial. O tribunal incorreu em injustiças epistêmicas de diversos tipos, seja por excesso de credibilidade conferido ao testemunho dos policiais, seja a injustiça epistêmica cometida contra o réu, ao lhe conferir credibilidade justamente quando menos teve oportunidade de atuar como sujeito de direitos. A confissão informal — se é que existiu — não tem valor como prova, no sentido processual, configurando-se equivocada a postura de aceitar acriticamente que o investigado fala a verdade em cenário carente das mínimas condições para atuar livre e espontaneamente.

11. Neste sentido, é preciso reconhecer que, se se pretende aproveitar a palavra do policial, impõe-se a exigência de respaldo probatório que vá além do silêncio do investigado ou réu. O silêncio não descredibiliza o imputado e não autoriza que magistrados concedam automática presunção de veracidade às versões sustentadas por policiais. Seguindo este raciocínio, de que é necessário corroborar a isolada palavra do policial, impõe asserir que, tivessem os policiais gravado toda a abordagem — do início ao fim —, ao menos seria possível saber como a confissão se deu. A medida viabilizaria que o conteúdo objeto de registro pudesse vir a servir de elemento informativo, sendo mais do que oportuno repisar que não seria suficiente de per si para a condenação. Como não o fizeram e, ante a manifesta escassez probatória que — em violação ao art. 186 do CPP — se extraiu do silêncio do acusado inferências que a lei não autoriza extrair, impõe-se reconhecer que o standard probatório próprio do processo penal, para a condenação, não foi superado no presente caso. Enfim, tal como o tema do reconhecimento de pessoas pediu-nos reflexão acerca dos erros que o Judiciário cometeu no passado, o tema do silêncio também requer nossa atenta autocrítica.

12. Tendo isso em consideração, o interesse institucional na otimização dos testemunhos de policiais deveria servir de sério estímulo a que se retomasse o tema discutido no julgamento do HC n. 598.051/SP e se investisse na documentação, em vídeo e áudio, dos atos de investigação ou de abordagem policial, tal qual se passou a demandar em relação ao ingresso domiciliar, de sorte a tornar mais robusta, confiável e infensa a questionamentos éticos ou epistemológicos a prova produzida longe do contraditório judicial.

13. A escassez probatória do presente caso impõe provimento desse recurso especial, para absolver o recorrente da prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

RELATÓRIO

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal arts. 26 e seguintes da Lei 8.038/90 c/c 255 e seguintes do RISTJ, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** proferido na apelação n. 1503568-98.2017.8.26.0536.

A insurgente aponta violação do art. 186 do CPP. Requer a Defensoria Pública a restauração da absolvição do acusado, então conteúdo da decisão do Juízo singular.

O Ministério Público Federal opina pelo **não conhecimento** do presente recurso e, caso conhecido, pelo seu **improvemento**.

VOTO

I. Pressupostos de conhecimento do REsp

O especial é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais passo à análise da impugnação.

II. Contextualização

Thiago Edvanio dos Santos foi absolvido em 1ª instância pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. A magistrada entendeu que os fatos provados no curso do processo eram compatíveis com a hipótese fática trazida pela defesa, de que o réu não traficava, senão que teria acabado de comprar droga para consumo próprio. Ela sinalizou que os testemunhos dos policiais, Caio e Leonardo, deixaram lacunas que impuseram a absolvição do réu. O trecho a seguir retrata o raciocínio probatório que culminou na absolvição (fls. 315-316, grifei):

Caio não lembrava qual era a droga nem a quantidade... E Leonardo ora disse se tratar de maconha e cocaína, ora disse se tratar de maconha e crack. Ficou claro ao Juízo que os policiais não estavam bem a se recordar o que de fato aconteceu naquele dia, o que foi apreendido, nem em quais exatas circunstâncias. Exsurge, outrossim, incontroverso, da prova, que o local é ponto de venda de drogas; e do depoimento do policial Leonardo depreende-se que o tal carro é um veículo abandonado no local, onde os traficantes comumente guardam entorpecentes. E foi ali que uma balança de precisão foi localizada, segundo Leonardo. Como não se consegue saber exatamente as circunstâncias de apreensão da droga — como fundamentado acima — é bem possível que a droga estivesse no tal carro. Os policiais não se lembram com detalhes do que aconteceu. Leonardo mencionou vistoria no veículo abandonado. Caio nada disse a respeito. **A rigor, robustez da prova teríamos apenas em relação a ter o réu agachado ao lado do tal veículo abandonado. Mas esse fato, tão-somente, não pode ensejar sua condenação. A prova é fraca a respeito da propriedade da droga e das circunstâncias nas quais ela teria sido de fato apreendida. A versão exculparia do réu não é de todo descartável, diante desse quadro. De qualquer sorte, é ônus da acusação**

comprovar cabalmente, sem qualquer dúvida, a culpa do réu; não é ônus do réu comprovar sua versão exculpatória. O réu nega veementemente a imputação que lhe é feita. Não confirmou em Juízo a suposta confissão informal no local dos fatos. Disse que estava ali apenas para comprar crack, e que o verdadeiro traficante correu. Versão essa que não é de todo absurda, não sendo impossível à luz da prova dos autos, que os fatos tenham realmente assim se dado. Como se vê, não há provas firmes, cabais, irrefutáveis, acerca da dinâmica dos fatos, sequer com relação ao encontro da droga. As circunstâncias da história no tal carro abandonado — diuturnamente utilizado por traficantes como depósito, como aduzido pelo próprio policial Leonardo — não restaram claras. Some-se a isso os únicos dois pontos incontroversos da prova dos autos: nenhuma droga foi encontrada na posse do réu e ele não foi visto pelos policiais ou qualquer outra testemunha praticando atos típicos de traficância. O local, ademais, é conhecido ponto de "forte" venda de droga, e o entorpecente apreendido — não na posse do réu — bem poderia pertencer a qualquer pessoa. Os policiais não realizaram qualquer campanha para ter certeza que o réu estivesse traficando drogas. Não o viram em qualquer ato típico de traficância. O tipo penal tráfico de drogas, assim como qualquer outro, exige que os indícios extraídos da investigação preliminar sejam sobejamente comprovados em juízo. De fato, em um processo criminal tudo deve ser muito bem provado, e tudo bem esclarecido em seus mínimos detalhes e circunstâncias, a fim de impedir que eventuais injustiças sejam feitas. Em um Estado Democrático de Direito que prima pela igualdade, liberdade e pelo devido processo legal desequilibrar o valor das provas em favor da acusação sem qualquer justificativa concreta para isso seria condenar à morte a Ordem Constitucional. À Justiça cabe condenar à vista da certeza das provas irrefutáveis. Na dúvida, compete-lhe absolver. Não há outra alternativa. **Ante o não esclarecimento cabal de como ocorreu a dinâmica dos fatos, certo é que o simples fato de o acusado ter sido encontrado em um lugar conhecido como ponto de tráfico, não é suficiente para lhe imputar o crime ora apreciado se não constar no acervo probatório outros elementos possíveis que indiquem a conduta imputada.**

Esse desfecho foi reformado pelo TJSP no julgamento da apelação interposta pelo órgão acusatório. O acórdão deu provimento ao mencionado recurso e estabeleceu a condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado, a isso somando-se o pagamento de 583 dias-multa de valor unitário. O raciocínio probatório que pretendeu respaldar a hipótese fática de comissão da conduta do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi desenvolvido como reproduzo à continuação (fls. 398-399, grifei):

Thiago Edvanio dos Santos foi denunciado como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343, porquanto no dia 13 de novembro de 2017, por volta das 22h34, na Rua Brasília, altura do n. 360, Quarentenário, na cidade e comarca de São Vicente, trazia consigo, para venda e entrega a terceiros, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, 50 flaconetes de "cocaína", 20 porções de "maconha" e 20 pedras de "crack", as quais determinam dependência física e psíquica, além da quantidade de R\$ 120 (fls. 58/59). Processado e absolvido por insuficiência de provas perante a 2ª Vara criminal da Comarca de São Vicente/SP, o Ministério Público apela reclamando, em síntese, a condenação do réu nos termos da denúncia.

E, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, forçoso reconhecer, desde logo, que a condenação do Apelado se apresenta inevitável, respeitado evidentemente, o entendimento da ilustre magistrada sentenciante.

Interrogado em juízo, o réu negou o tráfico de drogas, dizendo que se dirigiu ao local para comprar entorpecente para seu uso e, ante a aproximação da viatura policial, se abaixou para não ser visto, enquanto o traficante correu para dentro de uma casa. Foi detido, consigo sendo apreendido dinheiro. O entorpecente foi localizado junto ao portão daquela casa.

Fosse verdadeira a frágil negativa judicial, certamente o réu a teria apresentado perante a autoridade policial, quando entretanto, valeu-se do direito constitucional ao silêncio, comportamento que, se por um lado não pode prejudicá-lo, por outro permite afirmar que a simplória negativa é mera tentativa de se livrar da condenação.

Sem sucesso, contudo, pois os policiais a tudo esclareceram.

Os agentes de segurança explicaram que, em patrulhamento rotineiro pelo local dos fatos, sabidamente ponto de venda de drogas, viram o réu se abaixar atrás de um veículo abandonado. Acharam suspeito o comportamento e, por isso, abordaram-no, localizando porções de cocaína, crack e maconha, além de certa quantia em dinheiro. Indagado, finalizaram, o réu admitiu que, por estar em dificuldades financeiras, resolveu traficar drogas e, por isso, conduziram-no preso à delegacia.

Tais depoimentos devem ser recebidos sem hesitação, pois nada há nos autos que, ainda que superficialmente, coloque em dúvida a lisura do trabalho desenvolvido pelos policiais militares.

Conveniente anotar, ainda, que em se tratando de prova oral, colhida algum tempo depois dos fatos (no caso presente quase um ano depois), é perfeitamente aceitável, e até esperável, a existência de pequenas divergências nos depoimentos colhidos em juízo, sem que isso, isoladamente, retire a credibilidade da prova testemunhal. Por aqui, inclusive, as contradições apontadas (se a droga estava com o réu ou ele teria jogado no chão) referem-se a fatos secundários da prova, incapazes de enfraquecer os seguros relatos da testemunha de acusação.

Na verdade, o que ficou cabalmente comprovado e, por isso, impunha a condenação, é que os policiais surpreenderam o réu em local conhecido como ponto de venda de drogas, e o viram dispensar (ou tentar dispensar) uma sacola contendo cocaína, crack e maconha, além de algum dinheiro, tendo Thiago, ao ser preso, admitindo

que, por estar em dificuldades financeiras, resolveu traficar.

Portanto, suficientemente demonstrada a veracidade dos fatos articulados na denúncia, assim como a finalidade mercantil, tanto diante da variedade e qualidade de drogas embaladas individualmente quanto da soma em dinheiro apreendido (R\$ 120,00).

Daí, então, é que a defesa interpôs embargos declaratórios (fls. 413-415), para fins de prequestionamento da matéria relativa ao silêncio do acusado — mais especificamente acerca da proibição de que eventual postura silenciosa venha a ser interpretada em seu prejuízo. Ato seguido, veio com recurso especial nos seguintes termos (fl. 411, grifei):

A apelação da acusação foi julgada pelo TJSP, que deu provimento ao recurso para reformar a decisão absolutória da origem e condenar o recorrente por delito de tráfico de drogas. A defesa requereu a manutenção da absolvição, salientando que o réu apresentou firme negativa de autoria, não tendo sido esta desmentida pela prova judicial. **A decisão condenatória, com a devida vênia, desmerece a negativa judicial do réu, sob o argumento de que o réu ficou em silêncio na fase policial. Chega inclusive a concluir que a versão judicial do réu não convence justamente porque o réu ficou em silêncio na fase policial.** Transcrevo para prosseguir contando em seguida:

"Fosse verdadeira a frágil negativa judicial, certamente o réu a teria apresentado perante a autoridade policial, quando, entretanto, valeu-se do direito constitucional ao silêncio, comportamento que, se por um lado não pode prejudicá-lo, por outro permite afirmar que a simplória negativa é mera tentativa de se livrar da condenação".

Definitivamente, há contradição no seio do acórdão em face do disposto no art. 186 do CPP, que ao garantir o direito ao silêncio impede que essa opção do réu se volte contra ele em juízo, **mormente ao se declarar como indício de que sua negativa judicial não corresponde à verdade. A conclusão de que mentiu em juízo porque ficou em silêncio na fase policial representa claro amesquinamento da garantia legal.** Não se pretende discutir o teor desta prova no presente recurso, que como é cediço, não se presta a isso. O que se pretende é demonstrar que a decisão judicial que condenou o recorrente violou texto literal de lei federal e por isso precisa ser anulada ou reformada, restabelecendo-se a absolvição de primeira instância.

Corretamente havia decidido o Juízo de primeira instância. Portanto, agora assiste razão à defesa. Ora, o TJSP disse que "se por um lado [o exercício do direito ao silêncio] não pode prejudicá-lo, *por outro* permite afirmar que a simplória negativa é mera tentativa de se livrar da condenação". Tudo ao contrário. **Não, não permite.** E não permite afirmar que a negativa é tentativa de se livrar da condenação pelo **evidente, óbvio e claro fato de que concluir que o acusado falsifica os fatos como tentativa de**

se livrar da condenação, sim representa grave prejuízo para ele. Não se pode entender como o tribunal foi capaz de argumentação em explícita violação ao disposto no art. 186 do CPP:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Isso porque, ao que parece, o tribunal defendeu suposta relação lógica entre o acusado 1) ter ficado em silêncio na etapa investigativa e 2) haver mentido em juízo ao negar a prática do delito. Em outras palavras: se o acusado de fato fosse inocente, haveria negado a prática do delito desde a etapa investigativa; como não negou a prática do delito desde a investigação e preferiu ficar em silêncio, então é, sim, culpado por ele, sendo a negativa em juízo — nos termos da decisão recorrida — "simplória tentativa de se livrar da condenação".

No limite, o argumento é de que só seria razoável reconhecer credibilidade ao que o declarante disse em juízo se antes, em solo policial, já houvesse optado por não se manter ao silêncio; **como se quem decidisse pelo silêncio diante da polícia fizesse por merecer automática deflação de sua credibilidade.** A lógica da que partiu o tribunal foi de que ou bem o cidadão se declara perante a autoridade policial — e assim ressalva a sua credibilidade para momentos processuais futuros — ou bem, ao não se declarar diante da autoridade policial, o cidadão despe-se irremediavelmente de toda e qualquer credibilidade caso venha mesmo a ser processado.

Não há como se ignorar a manifesta ilegalidade desse entendimento pois, quem quer que se veja envolvido em um procedimento investigativo da justiça criminal tem o direito de se manter em silêncio e não colaborar. O fato de que a CRFB de 1988 tenha disposto, em seu art. 5º, inc. LXIII, que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" não deixa dúvidas quanto à não recepção do art. 198 do CPP, quando diz que o silêncio do acusado, ainda que não importe em confissão, poderá se constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Ora, quando a Constituição reconhece o direito ao silêncio, restam excluídas de nosso ordenamento regras que autorizem situações em que o exercício de um direito gere prejuízos ao cidadão. Ter direito ao silêncio significa poder exercê-lo sem que seja por isso punido. E tanto ficar em silêncio constitui um direito, que pesa sobre o Estado a obrigação de explicá-lo a toda e qualquer pessoa, no exato momento de sua prisão. Até porque, tal como explica João Cláudio Couceiro, o sentido conferido aos direitos fundamentais (incluído o direito ao silêncio) reflete a posição de importância que se atribui ao indivíduo em face do Estado (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 118).

Neste sentido, vale recordar o julgamento do **HC n. 244.977/SC** no STJ, em 2012, com relatoria do Min. Sebastião Reis Jr.:

É ilícita a gravação de conversa informal entre os policiais e o conduzido ocorrida quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, se não houver prévia comunicação do direito de o indiciado permanecer em silêncio, na fase policial, não pode ser relativizado em função do dever-poder do Estado de exercer a investigação criminal. Ainda que formalmente seja consignado, no auto de prisão em flagrante,

que o indiciado exerceu o direito de permanecer calado, evidencia ofensa ao direito constitucionalmente assegurado (art. 5o, LXIII) se não lhe foi avisada previamente, por ocasião de diálogo gravado com os policiais, a existência desse direito.

Ademais, a dimensão de regra de julgamento da presunção de inocência determina que, a menos que a acusação satisfaça o ônus de provar que pesa sobre ela, o cidadão tem o direito de ser absolvido. Ele não pode ser prejudicado quando o Estado deixa de satisfazer a condição que ele, Estado, deve cumprir para que esteja legitimado a exercer o poder de punir. São valiosas as lições de Perfecto Andrés Ibáñez, ex-magistrado do Tribunal Supremo da Espanha (grifei):

No processo penal, o direito de guardar silêncio figura entre os fundamentais do imputado, que, desse modo, decide livremente converter-se ou não em fonte de prova. Por isso, sua atitude processual ao respeito, em concreto **a opção de não declarar**, como dado, **em termos probatórios, não deverá contar, o que quer dizer que é igual a zero, e não poderá se lhe atribuir nenhum valor corroborador à acusação.**

(ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Tercero en discordia: jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Madrid: Ed. Trotta, 2015, p. 363, trad. livre)

Entre os estudiosos brasileiros, destacam-se as palavras de Maria Elizabeth Queijo:

O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* e coloca-se na esfera da autodefesa. Além disso, o silêncio pode representar também uma estratégia de defesa (p. 99).

E arremata:

A recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face do princípio da presunção de inocência (p. 102).

(QUEIJO, Maria Elizabeth. "O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal". São Paulo: Saraiva, 2012)

Neste mesmo sentido, em "Direito ao Silêncio na Prisão em Flagrante", desde 2009 Marta Saad já alertava para o desrespeito ao direito ao silêncio mediante manobras com aparente legalidade (destaquei):

Ali, naquele momento crucial de início da persecução penal, o direito do acusado ao silêncio precisa ser desde logo garantido, visto que as provas então obtidas e/ou produzidas serão utilizadas para instruir tanto medidas e provimentos cautelares

como o juízo de deliberação acerca da acusação.

Expressamente assegurado na legislação pátria, tem-se, contudo, que, **na prática, debaixo do véu de aparente legalidade, são utilizadas manobras, fórmulas encobertas de desrespeito ao direito ao silêncio.**

(SAAD, Marta. Direito ao Silêncio na prisão em Flagrante. In *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 423)

Tal resistência que o direito ao silêncio experimenta estende-se ao silêncio de testemunhas. A estratégia é simples: convocar pessoa na qualidade de testemunha, mesmo que fosse em realidade suspeita. Uma vez optasse pela negativa de colaborar declarando, a conclusão de que se calara para encobrir a própria culpa era extraída. Enfrentei esse reprovável subterfúgio processual no julgamento do **HC n. 330559/SC**, em 2018. Consta na ementa daquela decisão conclusão que também serve para o caso ora em apreço:

3. Na verdade, qualquer pessoa ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe à produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente.

Ou seja, muito embora o ordenamento jurídico pátrio assegure o direito de falar ou calar, é preciso estar atento à insistência de teses contrárias, como o entendimento de que a negativa do acusado em prestar declarações seria um esforço para evitar a punição a que faria jus. Nesta lógica questionável, ao silêncio foi conferido tratamento equivalente a uma confissão; como se o réu houvesse se manifestado autonomamente no curso do processo, com todas as suas exigências formais, confirmando a prática do tráfico. Esse entendimento esvaziou a mais que justificada necessidade de corroboração, no caso concreto, da hipótese fática de que o réu teria traficado drogas na ocasião em questão, em toda a sua extensão, o que, por sua vez, equivale à facilitação da satisfação do ônus que no processo penal recai exclusivamente sobre o Ministério Público.

Até porque, não se pode perder de vista que mesmo um cidadão inocente pode se sentir ameaçado em sede policial e, assim, preferir ficar em silêncio. Uma ida ao mundo real traz fortes razões para que suspeitos inocentes tenham fundado receio de acabar em maus lençóis ao abrir mão de seu direito ao silêncio. É o que ocorre em investigações guiadas por viés confirmatório, nas quais a hipótese de que o suspeito seria o culpado acaba sendo escolhida mesmo desacompanhada de respaldo epistêmico que a justifique. Em razão de preconceitos implícitos e vieses cognitivos, investigadores sem treinamento adequado frequentemente aceitam conclusões prematuras acerca da culpabilidade dos suspeitos. E, uma vez convencidos de que já chegaram ao real culpado, prosseguem com interrogatórios e técnicas questionáveis. Neste horizonte, o grande interesse em se conseguir confissões produz, a reboque, o problema das *falsas confissões*.

Recorrendo a achados empíricos sobre a realidade brasileira, a pesquisadora Lívia Moscatelli dispõe preciso diagnóstico sobre esse estado de coisas (pp. 367-368):

Em pesquisa empírica conduzida por Michel Misse que avaliou inquéritos policiais de 5 capitais brasileiras, observou-se que a confissão do suspeito foi mecanismo empregado em 80% das investigações, sendo realizadas poucas diligências externas e perícias técnico-científicas, o que indica, sobretudo, o direcionamento da investigação em um aspecto que privilegia a prova testemunhal e a confissão em detrimento de outras. O perfil de confessos nas delegacias de Polícia, assim como no passado, continua sendo o das classes populares, especialmente quanto aos jovens vivendo em condições socioeconômicas precárias, de baixa escolaridade, pretos e pardos.

(...)

Hipóteses são descartadas, cadeias de custódia das provas não são preservadas, outros suspeitos do crime não são ouvidos, perícias não são requeridas. Isto é, busca-se a todo custo a justificativa de uma única suposição, a partir das declarações extraídas que sustentem esta conclusão previamente já formulada em desfavor do suspeito, sendo esse fenômeno explicado por Franco Cordero, conhecido como o primado da hipótese sobre os fatos.

(MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *RBDPP*, v. 6, n. 1, pp. 361-394, 2020)

No âmbito internacional, em artigo publicado em 2004, Christian Meissner e Saul Kassin, importantes pesquisadores da área da psicologia do testemunho, já sinalizavam para esse risco (grifei):

Um grupo de pesquisadores das ciências sociais investigaram os processos que envolvem oitivas, interrogatórios bem como a obtenção de admissões e confissões (Conte, 2000; Davis & O'Donohue, no prelo; Gudjonsson, 1992, 2003; Kassin, 1997; Kassin & Wrightsman, 1985; Leo & Ofshe, 1998; Ofshe & Leo, 1997; Wrightsman & Kassin, 1993). Embora a incidência de falsas confissões seja desconhecida, existe um número preocupante de casos documentados em que os réus confessaram e depois se retrataram confissões, mas foram condenados em julgamento e às vezes sentenciados à morte — só mais tarde para ser exonerado por DNA ou outras formas de evidência irrefutável (Bedau & Radelet, 1987; Leo & Ofshe, 1998; Scheck, Neufeld, & Dwyer, 2000). Leo e Ofshe (1998) descobriram que **73% dos réus foram condenados em julgamento em casos que continham evidências de confissões mais tarde provou ser falso**. Pesquisadores do The Innocence Project também descobriram que aproximadamente **um quarto de todos os casos de exoneração de DNA continha confissões totais ou parciais, aparentemente falso**, em evidência (<http://www.innocenceproject.org/>).

(MEISSNER, Christian A; KASSIN, Saul M. "You're Guilty, So Just Confess!" Cognitive and Behavioral Confirmation Biases in the Interrogation Room. tradução livre, Acesso em 03/2023 por:

https://www.researchgate.net/publication/254714732_You%27re_guilty_so_just_confess_Cognitive_and_behavioral_confirmation_biases_in_the_interrogation_room?enrichId=rgreq-f52823d28ba5b1f74b4449c01fed660b-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdIOzI1NDcxNDczMjtBUzoyNTQxMDkwNTE3ODExMjJAMTQzNzU5NTcyNzQzOQ%3D%3D&el=1_x_3&_esc=publicationCoverPdf

Por tudo isso, **diferentemente do afirmado no acórdão recorrido, é perfeitamente plausível que um inocente prefira silenciar em sede policial e adicionalmente decida contar a verdade em juízo, ao dizer que não traficava drogas.** Além do mais, como vimos, é igualmente possível que a negativa em juízo quanto à prática do delito seja verdadeira não só quando antecedida por silêncio, mas inclusive nos casos em que haja sido antecedida de confissão (pois pode ser que a confissão seja uma falsa confissão e que a retratação é que corresponda à realidade dos fatos).

No entanto, **no caso que tenho sob exame, a hipótese de que o acusado estivesse falando a verdade ao negar ser traficante nunca chegou a ser seriamente explorada pelo TJSP.**

Os magistrados decidiram que, se de um lado tinham razões para crer que o réu mentia em juízo, de outro, estavam autorizados a acreditar que os policiais é que traziam relatos correspondentes à realidade ao afirmarem: 1) que avistaram o acusado descartando as drogas que foram encontradas no chão, 2) que a balança de precisão que estava no interior de um carro abandonado seria do acusado e, adicionalmente, 3) que **ainda na cena do crime, o recorrente haveria confessado informalmente que, sim, traficava** — como se houvesse oferecido àqueles policiais, desembaraçadamente, a verdade dos fatos, em retribuição à empatia com que fora tratado por eles; **como se houvesse confidenciado a novos amigos, e não confessado a prática de um delito a agentes da lei.** Com a devida vênia, essa sim é hipótese implausível. Se é que de fato o acusado confirmou para os policiais que traficava por passar por dificuldades financeiras, é ingenuidade supor que o tenha feito em cenário totalmente livre da mais mínima injusta pressão.

Laura Merkel, no recém publicado "Derechos humanos e investigaciones policiales: una tensión constante" (Madrid: Marcial Pons, 2022), em sentido convergente adverte (p. 182, tradução livre, grifei):

Com efeito, o que ocorreria se a declaração derivara de uma pergunta de um agente, feita de maneira informal ao acusado, fora de um contexto de interrogatório? Tratar-se-ia de uma hipótese que, se bem razoável a partir de um ponto de vista teórico e sistemático, **presta-se excessivamente ao abuso.**

Ainda sobre a atribuição de valor de verdade à palavra dos policiais, cabe repisar que é preciso tomá-las com necessária cautela epistêmica ao menos por duas classes de razões: tanto porque os policiais são humanos e têm o regular funcionamento de sua memória sujeito a variáveis que podem contaminá-la (passagem do tempo, repetição de eventos semelhantes em sua rotina de trabalho etc.), quanto porque policiais podem, sim, ver-se incentivados a manipular a reconstrução dos fatos na tentativa de legitimar a sua atuação em caso concreto.

Neste sentido, a abordagem policial do suspeito que foi conduzido à delegacia aparentará ser tanto mais justificada à medida em que a ela se siga um auto de prisão em flagrante. Assim, segundo esta lógica, os agentes que dominam o "tirocínio policial" desempenhariam as suas funções com mais

eficiência. Por isso, não é adequado supor-se objetividade no padrão da atuação policial. Não por outra preocupação, Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado emérito do Tribunal Supremo de Espanha, desenvolveu crítica ao raciocínio probatório que se realiza em situações de flagrância (grifei):

Esquece-se que o delito não é flagrante para o juiz e que, se em algum caso chegasse a ser, isso o impediria de atuar como tal, devendo participar como testemunha do fato, diante de outro juiz.

É dizer, não é o ato em curso de execução o que se autoa apresenta diretamente em sala de audiência, senão um conjunto de afirmações que os descrevem e tratam de o acreditar como tal, e cujo valor de verdade terá o tribunal de avaliar.

(...)

Não é a afirmação dos agentes policiais relativa ao encontro de uma determinada coisa em certo lugar o que suplanta a presunção [de inocência], senão a **pressuposta objetividade do próprio encontro que, na jurisprudência de referência recebe o tratamento de uma verdadeira prova legal.**

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La función de las garantías en la actividad probatoria. In *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, VVAA. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 238-239, tradução livre)

Tal como a defesa apontou em sede recursal, o raciocínio enviesado que concede valor de verdade à palavra dos policiais e que interpreta a negativa do acusado em juízo como mentira, **teve o silêncio do réu em sede policial como ponto de partida.** A instância de segundo grau erroneamente preencheu o silêncio do réu com palavras que ele pode nunca ter enunciado, já que, do ponto de vista processual-probatório, tem-se apenas o que os policiais afirmaram haver escutado. Outra vez, **são afirmações dos policiais que, em detalhes opacos, conduziram os magistrados a inferir que a droga encontrada no chão era do réu, o mesmo valendo para a balança de precisão localizada em veículo abandonado, nunca sob a posse do acusado.** Foi a mera afirmação dos policiais de que a balança era do réu que serviu de base à (apressada) inferência de que o mencionado utensílio seria dele — **tudo o que foi provado em juízo foi que o réu agachou-se perto de um veículo abandonado em cujo interior havia uma balança.**

A respeito da valoração do testemunho de policiais, é oportuno registrar que no mesmo TJSP já é possível encontrar posicionamento adequado porquanto atento à sua debilidade epistêmica. Em caso semelhante em que o acusado respondia por tráfico, o voto do relator, Desembargador Marcelo Semer, ao desclassificar a conduta para uso pessoal assim esclareceu:

Nenhuma prova, além da testemunhal e da perícia realizada nas substâncias apreendidas (85/90), foi produzida em juízo. Mas, diante desse conjunto probatório, não é possível constatar o envolvimento do apelante com a prática do tráfico ilícito de

entorpecentes.

A respeito da valoração da prova testemunhal produzida pela acusação, cumpre destacar que nada impossibilita policiais de depor, ou que seus depoimentos sejam considerados suspeitos de forma prévia e genérica. A jurisprudência já é pacífica no sentido de dar o valor devido ao depoimento policial e, se for o caso, considerá-lo para a formação do convencimento judicial, inclusive para a condenação.

Isto não significa, todavia, que sobre ele paire qualquer presunção de veracidade. No âmbito do direito administrativo, a presunção de legitimidade dos atos estatais permite que o Estado não tenha que ingressar em juízo para vincular particulares, mas a situação é diversa no processo penal, em que a única presunção possível, de estatura constitucional, milita em prol da presunção de inocência. E o Estado deve ingressar em juízo para provar as acusações. Os depoimentos dos policiais, portanto, têm a valia que a credibilidade lhes pode garantir, mas não são presumivelmente verazes.

(Apelação Criminal n. 1501605-17.2021.8.26.0568/TJSP, Rel. Desembargador **Marcelo Semer**, fls. 221-222)

Assim, analisando a linha argumentativa assumida no acolhimento do recurso acusatório do presente caso, veremos que também nele apresentou-se questionável generalização segundo a qual estaria justificado saltar da *proximidade com a balança escondida* à *propriedade da balança escondida*. A rigor, não havia nada além disso. Ora, não poderia ser que a balança fosse de pessoa distinta ao acusado? Seria totalmente absurdo que o real traficante tivesse conseguido empreender fuga, deixando o acusado sozinho ali? **Veja-se, portanto, que a disposição interpretativa para as declarações prestadas pelos policiais e para as do acusado é absolutamente assimétrica.** Presume-se automaticamente mentirosa a negativa antecedida de silêncio do acusado, presume-se automaticamente verdadeira as alegações feitas pelos policiais mesmo quando carentes de respaldo epistêmico à altura. Essas presunções, por sua vez, prejudicaram sobremaneira a valoração racional das provas, pois preencheram com generalizações o espaço que, na hipótese acusatória, deveria ter sido ocupado com a corroboração por meio de elementos probatórios independentes e que apontassem no mesmo sentido.

Isso considerado e, na esteira de contribuir para a construção de uma correta economia de credibilidades daqueles que participam da justiça criminal, a epistemologia jurídica aproximou-se das discussões relativas às chamadas *injustiças epistêmicas*. Trata-se de conceito especialmente útil para a compreensão dos erros presentes no raciocínio probatório plasmado na decisão recorrida.

III. Injustiças epistêmicas na justiça criminal

O conceito de injustiça epistêmica é fruto da pesquisa realizada pela filósofa Miranda Fricker, publicada em 2007 (FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007). De acordo com a epistemóloga, ocorre uma injustiça desse tipo específico quando o agente é atacado em sua qualidade de sujeito epistêmico — isto é, em sua capacidade de conhecer o mundo adequadamente ("knower"). Por força de preconceitos identitários presentes em sociedades tradicionalmente desiguais, as trocas comunicativas são prejudicadas. De modo sistemático,

indivíduos provenientes de grupos vulnerabilizados são tratados como menos capazes de conhecimento.

Para o que importa à análise do presente caso, são oportunas as reflexões que a autora faz a respeito das *injustiças epistêmicas testemunhais*. **Segundo Fricker, nelas o ouvinte reduz a credibilidade do relato do falante simplesmente porque este último faz parte de algum grupo contra o qual o primeiro nutre um preconceito identitário. Isso dificulta a justa recepção de relatos trazidos por pessoas negras e periféricas, de mulheres, da população LGBTQIA+, de pessoas com deficiência etc.** A partir de exemplos comuns ao cotidiano de nossas sociedades estruturalmente desiguais e opressoras, Fricker destaca as frequentes situações em que um indivíduo proveniente de um grupo minorizado (por ex., uma jovem negro e pobre) tem seu relato rapidamente desacreditado pelo simples fato de ser quem é. Nestas situações, não se abre espaço para um exame racional do conteúdo declarado, uma vez que preconceitos identitários (como o racismo, por ex.) prejudicam a troca comunicativa entre falante e ouvinte. O ouvinte desqualifica o falante, não estando disposto a receber as suas declarações enquanto informações que podem ser úteis. O ouvinte nega ao falante a condição de sujeito de conhecimento. Em síntese, o ouvinte entende que o falante não é capaz de oferecer relatos úteis sobre o mundo por não ser capaz de conhecer o mundo adequadamente.

Apesar do grande êxito experimentado por seus esforços teóricos nos últimos anos, a definição de injustiça epistêmica inicialmente pensada somente como redução de credibilidade foi objeto de pertinentes reflexões. Delas, resultaram algumas propostas de redefinição que se mostram especialmente oportunas ao caso ora examinado.

A primeira contribuição crítica oferecida à teoria de Fricker que gostaria de me reportar é do Professor José Medina. Enquanto Fricker olhou para a transação epistêmica que se dá entre um falante e um ouvinte, **Medina enfatiza que é preciso contemplar um plano mais amplo de múltiplas trocas comunicacionais.** A razão é simples: pode ser que a injusta redução da credibilidade que o ouvinte realiza em face a um falante equivalha ao também injusto excesso de credibilidade que confere a outro. Por essa razão, o professor da Northwestern University preceitua:

Na medida em que a atribuição de credibilidade em excesso pertence a uma cadeia de atribuições que promove vícios epistêmicos, essa concessão contribui para a injustiça epistêmica. Mas só podemos identificar o caráter injusto dela, isto é, sua contribuição para uma injustiça epistêmica se a colocarmos em um contexto mais amplo: um contexto no qual a atribuição pode ser percebida como parte de um processo complexo — um processo temporal e socialmente estendido — que vicia as trocas epistêmicas entre os envolvidos.

(MEDINA, José. The relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary, *Social Epistemology*, 25:1, p. 15-35, p. 17, 2011, trad. livre)

Ou seja, **nestas situações, o ouvinte reduz injustamente a credibilidade de um ao conferir excesso a outro.** Nesta linha argumentativa, Medina aduz que o correto seria reconhecer que tanto se comete injustiça epistêmica ao se diminuir a credibilidade devida, quanto também, ao se oferecer credibilidade indevida. Ademais, importa ressaltar que os preconceitos identitários continuam presentes nas situações de credibilidade em excesso, posto que elas servem de motor a essa distribuição assimétrica que favorece indivíduos privilegiados na exata medida em que prejudica indivíduos vulnerados pelas relações de poder presentes em diversos contextos da vida em sociedade (incluído o contexto da justiça criminal).

Não por outra razão, Rachel Herdy faz referência à *dimensão relacional* das injustiças epistêmicas, sinalizando as situações nas quais se dá credibilidade a alguém porque indevidamente se nega a outrem. Citando Jennifer Lackey, Herdy afirma (grifei):

(...) O excesso de credibilidade que se dá ao testemunho de alguém pode ser visto como o *equivalente funcional* do déficit de credibilidade que se dá ao testemunho de outrem. Segundo esta perspectiva, **a credibilidade é um bem social de natureza finita, que pode gerar injustiças em razão de sua má distribuição na comunidade. E, talvez o contexto judicial seja um cenário perfeito para pensar situações deste tipo.**

(HERDY, Rachel. O excesso de credibilidade atribuída a peritos é um tipo de injustiça epistêmica. *Coluna Nova Limite Penal*, Portal Migalhas. Acesso por: <https://www.migalhas.com.br/coluna/nova-limite-penal/386016/o-excesso-de-credibilidade-atribuida-a-peritos-e-injustica-epistemica>)

Muito embora seu artigo seja voltado à credibilidade em excesso conferida a peritos, a própria autora menciona que algo semelhante ocorre com o testemunho policial frente ao relatado por acusados.

Além das análises de Medina e Herdy, vejamos mais detidamente o que diz a Professora Jennifer Lackey quanto ao **excesso de credibilidade**. Olhando mais de perto para a justiça criminal, Lackey não apenas identificou a já mencionada dimensão relacional que pode caracterizar uma injustiça epistêmica, como também prestou atenção em certas situações em que o falante tem a sua condição de sujeito epistêmico prejudicada não por reduzirem a sua credibilidade, mas porque, ao contrário, chegam a lhe atribuir credibilidade em excesso.

Nestas situações, a injustiça epistêmica prejudica o próprio sujeito cuja credibilidade foi inflacionada. É exatamente o que ocorre nas **falsas confissões**, extraídas mediante técnicas que obstruem a autonomia cognitiva do sujeito. Tortura, trato degradante, isolamento, privação de sono, ameaça, coação, manipulação psicológica são só alguns dos mecanismos perversos utilizados pelos investigadores de modo a conseguir a tão esperada confissão. Então, essas declarações prestadas quando menos a pessoa está em condições de agir como um sujeito autônomo (capaz de conhecimento) são tidas como verdadeiras. Para completar, quando por fim, o sujeito tem restauradas as condições de agir epistemicamente (isto é, quando justamente tem autonomia para declarar o que de fato quer declarar, o que pretende seja potencialmente útil para a melhor reconstrução dos fatos), tem a sua credibilidade automaticamente deflacionada.

Trata-se de um paradoxo: o sujeito tem credibilidade reconhecida quando menos tem capacidade para contribuir com a verdade dos fatos e, de outro lado, quando o sujeito mais pode trazer declarações fiáveis, porquanto emitidas sem injustas pressões externas, aí é que não se observa mínima disposição para que se lhe reconheça qualquer credibilidade. Essa falaciosa economia de credibilidades que o sistema de justiça oferece a um mesmo sujeito em distintos momentos constitui claro exemplo do que Lackey nomeou de *injustiça epistêmica agencial*. Lackey, com toda razão, denuncia que é sintomático que o sujeito só conte com credibilidade ao funcionar como um fantoche, repetindo exatamente o que esperam que ele diga.

Nas palavras de Lackey, "de fato, o excesso conferido às falsas confissões equivale literalmente ao Estado dizendo que os confessores são conhecedores dos fatos trazidos no testemunho em questão somente à medida em que não atuam como agentes epistêmicos". (LACKEY, Jennifer. False confessions

and testimonial injustice. In *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 110, p. 43-68, p. 60, 2020, trad. livre)

Pois bem. De posse das lentes conceituais das injustiças epistêmicas, volto ao caso em exame. O TJSP resolveu-se pela condenação do recorrente por entender que havia razões para descredibilizar a negativa do acusado quanto à comissão do delito prestada em juízo pelo fato de ter sido antecedida de silêncio em solo policial. Essa interpretação (de que a declaração prestada em juízo pelo réu seria mentirosa pelo simples fato dele ter-se mantido silente em solo policial) está em manifesta violação ao disposto pelo art. 186 do CPP. Foi a partir dessa interpretação criticável, tanto porque proibida por lei quanto porque desaconselhável do ponto de vista preocupado com a verdade dos fatos, que o TJSP passou a conferir credibilidade aos policiais, inclusive ao apenas afirmarem, sem qualquer efetiva corroboração, que o réu haveria confessado.

Acontece que, como as pesquisas e achados empíricos apontam, o silêncio em sede policial — ou mesmo a confissão informal aos agentes da lei no local do fato — configura-se absolutamente compatível com a hipótese defensiva. O excesso de credibilidade prestado à sua (suposta) confissão somado à redução de credibilidade do recorrente ao negar em juízo a prática do delito configura evidente *injustiça epistêmica agencial*. Tal como o ressaltado por Lackey, a declaração que o sujeito prestou (se é que prestou, pois apenas os policiais afirmam isso) em situação em que não pôde apresentar desempenho à altura de um sujeito epistêmico foi injustificadamente considerada digna de maior credibilidade. **Assumindo, por amor ao debate, que o réu tenha confessado aos policiais, não se pode olvidar de que se tratava de um jovem negro e pobre — certamente sabedor de que** pertencia à "clientela preferencial" do sistema de justiça brasileiro. Nesse caso, a hipótese de que tenha confessado por haver-se sentido ameaçado não deixa de ser plausível. Mesmo que fosse inocente. A espúria associação da cor de sua pele à criminalidade não é algo que se possa ignorar.

Sobre esse traço, infelizmente distintivo de nossa sociedade, vale a pena registrar as palavras da Professora Sueli Carneiro. Reproduzo um trecho de sua última obra, "Dispositivo de racialidade: a construção do outro como não ser como fundamento do ser" (grifei):

No caso do negro, a cor opera como metáfora de um crime de origem da qual a cor é uma espécie de prova, marca ou sinal que justifica a presunção de culpa. Para Foucault, "ninguém é suspeito impunemente", ou seja, **a culpa presumida pelo a priori cromático desdobra-se em punição a priori, preventiva e educativa.** A suspeição transforma a cena social para os negros em uma espécie de panóptico virtual, "a vigilância sobre os indivíduos se exerce ao nível não do que se faz, mas do que se é, não do que se faz, mas do que se pode fazer". Assim, a própria cena social é onde se realiza a vigilância e a punição como tecnologias de controle social.

(CARNEIRO, Sueli. *Dispositivo de racialidade: a construção do outro como não ser como fundamento do ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 2023, p. 125)

A grande mídia também tem parte da responsabilidade que alimenta a mentalidade que tem na população negra o estereótipo do criminoso. A Professora Ynaê Lopes dos Santos, do Instituto de História da Universidade Federal Fluminense, oferece precisa análise (destaquei):

No Brasil que defende os direitos humanos, que luta pela independência e soberania dos três poderes, que tem uma das maiores praças eleitorais do mundo, o negro já

nasce suspeito. E, por ser negro, sua vida vale menos, isso quando vale alguma coisa.

Uma lógica que, ultrapassa as ações policiais e ganha espaço nos jornais e nos demais veículos da grande mídia, que não têm nenhum tipo de pudor em classificar como traficante um rapaz negro que foi encontrado portando algum tipo de droga, sendo que se a mesma quantidade de droga fosse encontrada com um rapaz branco, a manchete dirá algo como "rapaz é detido por porte ilegal de droga". **E assim, como que de mãos dadas com a polícia, o sistema de justiça e a grande mídia vão formando uma opinião pública que reitera a premissa de que todo negro é um criminoso em potencial e que, de antemão, eles devem ser tratados de forma diferente.**

(SANTOS, Ynaê Lopes dos. *Racismo Brasileiro: uma história da formação do país*. São Paulo: Todavia, 2022, p. 270)

Adicionalmente, números encontrados em recente pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em parceria com o DataLabe, indicam o estado de constante intranquilidade a que a população negra é submetida. O relatório "Por que eu?", de 2022, coletou 1018 respostas à pergunta sobre se já teriam sido parados por policiais. Vejamos os resultados:

A amostra da pesquisa é composta majoritariamente por pessoas negras que já foram abordadas pela polícia: das 1018 que participaram da pesquisa, 652 (64%) afirmaram já terem sido paradas por agentes de segurança pública. Desse total, 528 se autodeclararam negras, isto é, **81% do total de respondentes afirmaram já terem sido abordadas.**

(IDDD & DataLabe, "Por que eu?", 2022, p. 44, grifei)

Ou seja, não é razoável supor que apenas quem efetivamente esteja a incorrer na conduta de tráfico tenha incentivos para tentar se evadir ao constatar a aproximação da polícia: usuários ou mesmo não usuários, caso sejam negros, sujeitam-se, com maior incidência que brancos, diariamente a uma atuação policial que sistematicamente mostra-se carente de critérios racionais. Se nem em sua rotina mais trivial a juventude negra é efetivamente livre para ir e vir, a hipótese ventilada pela defesa de um jovem negro usuário de drogas que tenta fugir ao avistar a chegada de policiais ao ponto de compra é bastante plausível e merece ser acolhida. Até porque as estatísticas indicam que ele seria parado e, em razão de sua cor, de fato deveria temer ser facilmente interpretado pelos policiais como se traficante fora.

Neste cenário, errou o tribunal ao não contemplar mais detidamente a hipótese defensiva. Se houvesse procedido com mais cautela, haveria concluído que os fatos provados em juízo preservavam-se compatíveis com a versão de que se tratava de mero usuário. Também teriam se dado conta de que, além da isolada palavra dos policiais, não havia qualquer prova de que a encontrada no chão era de fato sua. **Em vez disso, seus magistrados violaram o art. 186 do CPP, ao interpretar o silêncio do réu em evidente prejuízo a ele.** Dele inferiram que a negativa posterior em juízo seria mentirosa, e que quem contribuiria à

verdade seriam os policiais, ainda que não hajam trazido corroboração capaz de acompanhar as suas incisivas alegações.

Assim procedendo, o tribunal incorreu em injustiças epistêmicas de diversos tipos, seja por excesso de credibilidade conferido a policiais, seja a injustiça epistêmica agencial que praticaram contra o réu, ao lhe conferir credibilidade justamente quando o acusado menos teve oportunidade de atuar como sujeito epistêmico. A confissão informal — se é que existiu — não tem valor epistêmico, configurando-se postura equivocada aceitar que o réu fala a verdade quando confessa, mesmo em cenário carente das mínimas condições para atuar livre e espontaneamente como um sujeito epistêmico. Como se pode ver, a interpretação incorreta do silêncio do réu em sede policial serviu de estopim a uma série de erros no raciocínio probatório empreendido em segunda instância.

Neste sentido, é preciso reconhecer que, se se pretende aproveitar a palavra do policial, impõe-se a exigência de respaldo probatório que vá além do silêncio do réu. Não, o silêncio não lhe descredibiliza e não autoriza que magistrados presumam verdadeiras, automática e acriticamente, as versões sustentadas por policiais.

Tal como já afirmei em recente decisão (**HC n. 741.112/SP**), "não é porque um policial alega que *p* ocorreu que a justiça criminal deva, automática e acriticamente, acreditar que *p* é verdadeiro". Muito embora não haja óbice a que o testemunho policial seja elevado a elemento probatório, claro está que, sobre ele, assim como sobre qualquer outra declaração, pesa a necessidade de ser corroborado por elementos independentes que apontem no mesmo sentido.

Do ponto de vista epistêmico, não há razão para supor que policiais sejam providos de uma memória infalível (à diferença de todos os outros seres humanos); nem para, do ponto de vista preocupado com os valores do processo penal democrático e constitucional, supor que a relação entre cidadão e policiais seja livre de tensões.

Mas constatar essa sensível relação policial-cidadão não significa inutilizar o testemunho policial, mas reconhecer que cautelas fazem-se necessárias para preservar a sua confiabilidade epistêmica. Daí se compreende a referência a um "especial escrutínio" no julgamento da **RE n. 603.616/RO**, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, no STF. Decidindo sobre os limites da legalidade da apreensão em domicílio sem mandado judicial (cujo raciocínio pode ser aplicado às demais declarações de agente policiais, como a do caso em tela), ele asseverou:

O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio.

Tendo isso em vista, o interesse institucional na otimização dos testemunhos de policiais deveria servir de sério estímulo a que se retomasse o que procurei discutir no julgamento do **HC n. 598.051/SP** que, ao enfrentar a temática da entrada à domicílio, estabelecia, junto com outras providências, **a necessidade de se registrar em vídeo e áudio toda a diligência.**

Essa também foi, aliás, a proposta encampada pelo Min. Ribeiro Dantas, na 5ª Turma do STJ, por ocasião do julgamento do **AResp n. 1.936.396/RJ**, em dezembro de 2022, (p. 7, grifei):

[...] Não tenho dúvidas em afirmar que, por todo o país, são minoria os casos em que

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

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

Importa anotar que o voto do Min. Ribeiro Dantas apoiou-se em diversas pesquisas empíricas sobre a realidade brasileira e também de outros países e seus sistemas de justiça. A constatação da urgente necessidade de se repensar o valor probatório concedido ao testemunho de policiais decorre de uma cuidadosa análise de nada menos que 23 relatórios nacionais e internacionais. A título ilustrativo do profícuo mergulho empírico proposto na mencionada decisão, reproduzo três das pesquisas citadas pelo relator:

"Stop torture global survey: attitudes to torture" (2014): Pesquisa da *Anistia Internacional* em 21 países: 80% dos brasileiros temem tortura policial em caso de eventual prisão. Dos países participantes do estudo, o Brasil lidera isolado esse ranking (México com IDH similar ao brasileiro tem 64%; Paquistão e Indonésia que apresentam IDH inferiores apareceram com 58% e 54%, respectivamente).

"Escuta dos profissionais de segurança do Brasil" (2021) Pesquisa do *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. A partir de entrevista a 9.067 policiais de diversas corporações de todo país, constatou-se que 18,4% deles foram vítimas de tortura realizada pela própria instituição, 54,8% foram humilhados por superiores hierárquicos, 91,6% estão descontentes com os níveis de corrupção de suas próprias corporações.

"Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on his Mission to Brazil" (2016): Verificadas tortura e debilidade periciais pelo inspetor especial da ONU em viagem ao Brasil.

"O inspetor especial expressa a sua preocupação quanto ao fato dos serviços forenses no Brasil, incluindo os IML's, são marcados por uma profunda falta de treinamento em padrões médicos forenses internacionais, como o Manual para a Efetiva Investigação e Documentação de Tortura e Outras Formas de Tratamento ou Punição Degradantes (Protocolo de Istambul) e o Protocolo

Modelo para uma Investigação Jurídica de Execuções Sumárias, Arbitrárias e Extrajudiciais (Protocolo de Minnesota). (...) O inspetor especial reforça a falta de independência e o risco de prejuízo à imparcialidade dos examinadores forenses."

Portanto, propor que o testemunho policial deva ser corroborado por outros elementos probatórios independentes e idôneos está longe de ser questão de opinião, senão corresponde à fundamentada reflexão acerca da sociedade que queremos contribuir a que seja construída.

A efetividade dos direitos fundamentais de todos, sem exclusão dos mais vulnerabilizados, impõe-nos a coragem de reconhecermos que a atuação policial merece redobrada atenção. Com isso em mente, Jordi Nieva Fenoll, professor da Universitat de Barcelona, assevera a investigação policial eticamente delineada:

Nenhum policial precisa da vulneração de direitos fundamentais para realizar as suas investigações. Mais do que isso: ele dispõe de uma margem suficiente de atuação se entende que existe uma fundada suspeita, sem vulnerar direito algum. E sendo assim, não tem sentido colocar abaixo uma porta para entrar ilegitimamente em um domicílio, ou que não leia os direitos ao preso, ou ainda, no pior dos casos, que realize atuações de ainda maior pressão sobre o cidadão. Nada disso tem sentido se não é porque tem interesse em que sua atuação reforce a sua versão da investigação, isto é, no resultado incriminatório que ele crê que existe e do qual necessita prova que teme não encontrar se respeita os direitos fundamentais.

E conclui com afiado diagnóstico quanto à debilidade dos cidadãos diante do exacerbada credibilidade que automaticamente se confere a policiais:

[...] Desse modo, uma vez vulnerados esses direitos, em realidade pode fazer o que queira porque o cidadão ficou completamente desprotegido frente ao seu poder, que, por certo, é do Estado e, portanto, é enorme. A versão do policial é a que vai prevalecer, aconteça o que acontecer.

(NIEVA FENOLL, Jordi. Policía Judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2017, pp. 14-15).

Ainda sobre o valor probatório conferido ao testemunho policial, Janaina Matida aduz (grifei):

Não é razoável que o Judiciário continue a tratar do valor probatório da palavra do policial desconsiderando a sensível relação policial-cidadão no cotidiano das cidades brasileiras. Estão sob disputa conceitos como "atitude suspeita", "tráfico de drogas", "resistência à prisão", "estrito cumprimento do dever legal", "legítima defesa", entre outros, sendo o policial diretamente interessado em justificar a sua ação. As assimetrias jurídicas de poder social rapidamente convertem-se em assimetrias jurídicas, já que a hipótese fática que acusa o jovem negro periférico é automaticamente tida como mais confiável, sem que no entanto, haja razões para

isso.

(...)

Exigir as gravações para a corroboração do que o policial alega é mais do que razoável: é racional. E não porque se desconfie de um ou outro policial em participar, mas porque se nos impõe ver que é estruturalmente enorme o poder que a Polícia-Instituição exerce na vida em sociedade e, nesta medida, que seus agentes representam contínuo risco de arbitrariedades, violações e até letalidade aos mais vulnerabilizados. Logo, as gravações servem a dissuadir abusos, ao mesmo tempo em que aperfeiçoam a exigência de corroboração de um modo epistemicamente fiável mediante tecnologia acessível.

(MATIDA, Janaina. "Bateu na trave: o valor probatório da palavra do policial na decisão do STJ", 2022, acesso por: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-16/limite-penal-valor-probatorio-palavra-policial-decisao-stj>)

Seguindo este raciocínio, de que é necessário corroborar a isolada palavra do policial, impõe asserir que, tivessem os policiais gravado toda a abordagem — do início ao fim —, ao menos seria possível saber como a confissão se deu. A medida viabilizaria que o conteúdo objeto de registro pudesse vir a servir de elemento informativo, sendo mais do que oportuno repisar que não seria suficiente de per si para a condenação. Como não o fizeram e, **ante a manifesta escassez probatória que — em violação ao art. 186 do CPP — se extraiu do silêncio do acusado inferências que a lei não autoriza extrair, impõe-se reconhecer que o standard probatório próprio do processo penal, para a condenação, não foi superado no presente caso. Enfim, tal como o tema do reconhecimento de pessoas pediu-nos reflexão acerca dos erros que o Judiciário cometeu no passado, o tema do silêncio também requer nossa atenta autocrítica.**

Assim, a hipótese fática acusatória, em realidade, amparou-se em múltiplas injustiças epistêmicas, que incluídas em enviesado raciocínio probatório serviram a uma condenação carente da necessário respaldo probatório.

V. Dispositivo

À vista do exposto, dou provimento ao recurso especial para absolver o recorrente da prática do crime descrito no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para adoção das providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

