

Depoimento de Policiais e Valoração Probatória

Estudo do Projeto de Lei n° 7.024/17



Curitiba

2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*

Coordenação

Cláudio Rubino Zuan esteves (Procurador de Justiça/MPPR)

Coordenação dos Trabalhos

Alexey Choi Caruncho (Promotor de Justiça/MPPR)

André Tiago Pasternak Glitz (Promotor de Justiça/MPPR)

Ricardo Casseb Lois (Promotor de Justiça/MPPR)

Equipe Técnica

Donizete de Arruda Gordiano

SUMÁRIO

1. RELATÓRIO.....	4
2. MÉRITO.....	6
2.1. Da presunção de legitimidade dos atos administrativos.....	7
2.2. (In)compatibilidade com o sistema das provas processuais penais.....	15
2.3. (In)compatibilidade com o sistema de nulidades processuais penais....	18
2.3.1 Limitações constitucionais para a definição de atos nulos no campo probatório.....	19
2.3.2. Demais reflexos afetos à proporcionalidade.....	23

Depoimento de policiais e Valoração probatória.

Estudo do Projeto de Lei nº 7.024/17, voltado a alterações da Lei n.º 11.343/06.

1. Relatório.

Tema recorrente de consultas direcionadas a este Centro de Apoio diz respeito à possibilidade/validade de sopesamento de prova testemunhal consistente nas declarações de policiais no momento da sentença de mérito do juízo criminal.

Embora o tema não seja novo, ganhou recente protagonismo na medida em que tramita junto à Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 7.024/17, de autoria do Dep. Federal Wadih Damous (PT/RJ), que propõe o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 58 da Lei nº 11.343/06 e refere que *“serão nulas as sentenças condenatórias fundamentadas exclusivamente no depoimento de policiais”*.¹

Referido Projeto de Lei (PL) recebeu, na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados (CSPCCO), uma primeira manifestação da relatoria no sentido de sua *aprovação*, acolhendo idêntico argumento apresentado pelo congressista proponente, no sentido de que, em um cenário em que a criminalização do tráfico de drogas *“é a grande responsável pelo encarceramento em massa nos últimos anos, constata-se que boa parte das condenações por este delito é baseada exclusivamente no testemunho dos policiais que realizaram a apreensão, fator que é decisivo na construção daquilo que se considerou uma ‘anomalia’ do sistema de justiça criminal”*.²

1 Apresentada a proposta em 07 de março de 2017, o feito foi encaminhado à análise da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados (CSPCCO), designando-se relator na comissão o Dep. Delegado Edson Moreira.

2 Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594746&filename=Tramitacao-PL+7024/2017>. Acesso em: 02. ago. 2018.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

Tendo sido apresentados votos no âmbito da CSPCCO pela rejeição do PL³, houve modificação de encaminhamento do voto pela relatoria⁴, adotando por base sedimentado entendimento jurisprudencial no sentido de que a presunção de veracidade dos atos administrativos obriga a que os afetados tenham que amealhar elementos probatórios capazes de confrontar o valor do depoimento colhido dos policiais.⁵

Ainda no final do primeiro semestre do ano corrente, o Projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), não constando a apresentação de emendas⁶.

Considerando a natureza das discussões que vêm sendo travadas ao longo do referido processo legislativo, aliando-se a determinadas Consultas que são encaminhadas a esta unidade, pareceu oportuno a esta Equipe efetuar um Estudo diferenciado que pudesse abordar alguns dos aspectos técnico-jurídicos relacionados ao tema que podem estar sendo olvidados nestas discussões, seja para apresentá-los como subsídio à imediata atuação dos membros do Ministério Público, seja para seu encaminhamento a título de contribuição com o processo legislativo em curso. E isto, em especial, considerando figurar como uma das Atividades do Plano Setorial desta unidade a de “acompanhar propostas legislativas de política criminal”⁷.

3 Antes, porém, de sua segunda manifestação, exararam voto os deputados Subtenente Gonzaga e Laudívio Carvalho, ambos defendendo a rejeição do projeto, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124643>>. Acesso em: 02. ago. 2018.

4 Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoCom.asp?codReuniao=51652>>. Acesso em: 02. ago. 2018.

5 O parecer pela rejeição do PL restou acatado pela CSPCCO em 23 de maio de 2018.

6 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124643>>. Acesso em 1 nov. 2018.

7 Neste sentido, cf. o quanto projetado para referida Atividade em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2059>>.

2. Mérito.

É imprescindível que o presente trabalho realize, de partida, uma delimitação de objeto. Afinal, tratando-se de tema essencialmente político-criminal - e por isto multidisciplinar -, bem se sabe das limitações que a perspectiva jurídico-penal isoladamente considerada apresenta.

Esta conclusão, em certa medida, já vinha sendo apresentada pela própria justificação que acompanhou o projeto de lei, evidenciando seu propósito *desencarcerizador*. Naquela oportunidade, constou expressamente que a sua motivação decorreria do fato:

Da “criminalização do tráfico de drogas no Brasil [ser] a grande responsável pelo encarceramento em massa nos últimos anos”, bem como que “a proposição é motivada, ainda, pela situação carcerária brasileira e compõe uma série de projetos de lei que elaborei com foco na racionalização e humanização do sistema de justiça criminal”.

Esta natureza multidisciplinar do tema, porém, longe está de legitimar a completa marginalização da perspectiva jurídica. Com efeito, embora não se desconheça o grave problema da situação carcerária brasileira e tenha-se absoluta ciência de seu cunho intersetorial, nada justifica que aspectos jurídicos e jurídico-penais venham a ser integralmente relegados num projeto de lei essencialmente vinculado à perspectiva persecutória penal.

O desafio, por isto, passa pela busca de uma necessária harmonização das perspectivas envolvidas, sob pena de serem adotadas políticas públicas precipitadas que, invariavelmente, tendem a mostrar-se meramente simbólicas e nada efetivas.

Basta recordar, por exemplo, que especificamente sobre a complexidade do problema carcerário, inúmeros são os estudos que, na atualidade, buscam diagnosticar as distintas causas que vêm contribuindo para o problema. No

Paraná, neste particular, é sempre válida a lembrança da recente publicação *Plano Anual de Fiscalização: Sistema Carcerário*, elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado, cujos “achados” bem evidenciam a intersetorialidade que o problema assume⁸.

Justamente por isto, sem embargo de ter-se absoluta ciência de que o tema tratado pelo Projeto de Lei é de cunho multidisciplinar, este Estudo procurará ater-se aqueles **aspectos jurídico e jurídico-penais** que devem receber uma atenção cautelosa e que, até onde se vê, ainda não teriam ingressado na pauta das discussões travadas.

Inicialmente, ainda que de forma sucinta, busca-se realizar uma abordagem da matéria sob o enfoque do Direito Administrativo, inclusive por força dos votos pela rejeição apresentados por ocasião de sua apreciação pela CSPCCO. Num segundo momento, parte-se para uma abordagem com ênfase no Direito Penal e no Direito Processual Penal, com enfrentamento do tema, precisamente, sob a perspectiva dos sistemas de provas e da validade dos atos processuais penais, abordando-se, ainda, a opção legislativa sob a perspectiva constitucional.

2.1. Da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

A doutrina administrativista preconiza que, dentre as *características* dos atos administrativos, está a *presunção de legitimidade*, justificando-a no fato de serem tais *atos emanados de agentes dotados de parcela do poder público, fato que os diferenciam dos atos emanados no exercício de atividades privadas em geral*.

Assim, a característica da presunção de legitimidade significa que, na análise dos atos administrativos, parte-se da premissa de que estes foram praticados em conformidade com as normas legais, ou seja, “a *presunção de*

8 Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Plano Anual de Fiscalização (março/2018): Sistema Carcerário**. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2018/4/pdf/00326635.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

*legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo”.*⁹

Sobre tal atributo, Maria Sylvia DI PIETRO explica que:

Embora se fale em *presunção de legitimidade* ou de *veracidade* como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A **presunção de veracidade** diz respeito a **fatos**; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.¹⁰

A partir de tal análise, Marçal Justen Filho discorre sobre a presunção de legitimidade e acrescenta que ela “consiste na presunção relativa quanto à regularidade jurídica dos atos produzidos pelo exercente de função administrativa, do que decorre sua aptidão para gerar efeitos vinculantes *erga omnes*”.¹¹

Ainda sobre o tema, o mesmo autor recorda tratar-se de um dos aspectos que está vinculado, precisamente, com o *conteúdo do ato administrativo*, ou seja, “presume-se que o conteúdo é compatível com o direito e que os fatos cuja ocorrência é afirmada efetivamente ocorreram”¹². A partir deste raciocínio, destaca-se que o conteúdo da presunção de legitimidade abrange **presumir que existe regularidade** quanto:

- à interpretação jurídica adotada pela Administração para o direito aplicável ao caso;
- à avaliação e qualificação jurídica dos fatos relevantes para o caso;

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 239.

10 *Ibidem* p.100.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

12 *Idem*

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

- à afirmação por parte da Administração quanto à ocorrência dos fatos relevantes;
- ao exercício de competências discricionárias e vinculadas atribuídas à Administração.¹³

Sob a perspectiva processual penal, tangenciando a questão atinente à *presunção de legitimidade* - e apenas avaliando o tema sob a perspectiva do artigo 202 do CPP -, André Estefam aduz que o “depoimento de policial é absolutamente válido, devendo eventual parcialidade ser verificada em cada caso concreto”.¹⁴

Na mesma linha, Edilson Mougenot Bonfim, ao discorrer a respeito do valor probatório dos depoimentos policiais, conclui que “o depoimento harmônico e seguro prestado por policial não pode ser desconsiderado pela simples condição de ser policial a testemunha, pois seu ofício não o torna impedido ou suspeito”.¹⁵

Conjugando tais ponderações ao *atributo do ato administrativo*, Renato Marcão destaca haver *presunção relativa* de que policiais agem corretamente no desempenho de suas funções:

Não havendo comprovação do ânimo de incriminar o acusado, é perfeitamente válido o acréscimo oriundo da prova resultante de depoimentos prestados por agentes policiais.

Há *presunção juris tantum* de que agem escorreitamente no exercício de suas funções¹⁶.

E complementa, inclusive, ressaltando sua conformidade com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal:

O simples fato de as testemunhas de acusação serem policiais não é o bastante para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas (RT 732/622). O depoimento de policial é considerado como o de qualquer outro cidadão (RT 860/599), pois não estão impedidos de depor, nem se pode previamente suspeitar da veracidade de seus depoimentos. Sopesam-se como quaisquer outros; sujeitam-se aos obstáculos do impedimento e da suspeição, como

13 *Ibidem*.

14 ESTEFAM, André. Provas e procedimentos no processo penal. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008, p. 55.

15 BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 472.

16 MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 553.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

quaisquer outros (RT 736/625). Não há obstáculo em que se tome a palavra de policiais no suporte de condenações (RT 736/625).¹⁷

De fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde os anos 90 do século passado, sedimentou-se no sentido de **admitir o depoimento de servidores policiais como prova testemunhal no processo penal**, atribuindo-lhe inquestionável eficácia probatória:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. (STF, HC 73.518/SP, Primeira Turma, rel. ministro Celso de Mello, DJ 18/10/1996)

PROCESSUAL PENAL. PENAL. TESTEMUNHA POLICIAL. PROVA: EXAME. I. - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento. II. - Não é admissível, no processo de habeas corpus, o exame aprofundado da prova. III. - H.C. indeferido. (STF, HC 76557, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/08/1998, DJ 02/02/2001)

Até onde se apurou, este entendimento vem se mantendo em julgados mais recentes do próprio Supremo Tribunal:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL: AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADOS. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do Paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. 3. Habeas corpus denegado. (STF, HC 91.487/RO, Primeira Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 19/10/2007) (grifos nossos)

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada.

(HC 87662, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 16-02-2007 PP-00048 EMENT VOL-02264-02 PP-00280 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 417-421)

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. Roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo. 3. Alegação de que a condenação ter-se-ia baseado unicamente em provas colhidas em sede policial. Depoimento das vítimas ratificado em juízo. Prisão em flagrante efetuada por policiais. Testemunho válido. 4. Recurso ordinário ao qual se nega provimento”.

(STF, RHC: 118086 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 16/12/2013)

Assim também para a corrente jurisprudencial firmada no Superior Tribunal de Justiça:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA E USO NO LOCAL DE TRABALHO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, que reconheceu ter o acusado sido flagrado portando arma de fogo de uso permitido em área particular de outrem, objetivando o acusado a absolvição ou a desclassificação do delito, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ. 2. O depoimento dos policiais militares que flagraram o acusado cometendo o ilícito penal constitui meio idôneo a amparar a condenação, conforme já sedimentou esta Corte de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg no AREsp 739.749/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 27/05/2016).

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em Recurso Especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-AREsp 875.769; Proc. 2016/0074029-9; ES; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 14/03/2017).

No âmbito local, igualmente, da mesma forma se posiciona o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, admitindo a presunção de legitimidade no depoimento do policial e seu valor probatório:

CRIME DE FURTO SIMPLES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO. RÉU REINCIDENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIME DE RESISTÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. REVISÃO E READEQUAÇÃO, DE OFÍCIO. 1. A reincidência e os maus antecedentes do acusado demonstram grau elevado de reprovabilidade do seu comportamento em sociedade, afastando, no caso, a aplicação do princípio da insignificância, ainda que presentes a mínima ofensividade da sua conduta, a inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado e a ausência de periculosidade social na ação. 2. A palavra dos policiais é dotada de fé pública, gozando de credibilidade e presunção de veracidade, podendo ser afastada apenas se existirem nos autos elementos capazes de afetar os seus testemunhos. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM REVISÃO E READEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA APLICADA (*TJPR; ApCr 1670918-1; Jandaia do Sul; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak; Julg. 17/08/2017; DJPR 29/08/2017; Pág. 358*)

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). CONDENAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO DO ACUSADO DETER FEITO USO DE “MACONHA” NO MOMENTO EM QUE FOI ABORDADO PELOS MILICIANOS. TERMO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE ALTERAÇÃO PSICOMOTORA DEVIDAMENTE PREENCHIDO E CORROBORADO PELO TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. Apelação Crime nº 0012715-58.2016.8.16.0013 PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA INADMISSÍVEL. MEDIDA

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 269 DO C. STJ. REGIME SEMIABERTO ESCORREITO E DE ACORDO COM AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO APENADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, COM A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO OPORTUNAMENTE.1. Consoante o Termo de Constatação de Sinais de Alteração Psicomotora, o acusado declarou ter feito uso de substância psicoativa que determine dependência, estava com os olhos vermelhos, exaltado, com desordem nas vestes, irônico e falante (mov. 15.5 –IP).2. Consigne-se que o relato do policial militar tem relevante valor probante, especialmente porque dotado de fé pública, além de estar em consonância com as demais provas encartadas nos autos.3. O acusado ostenta reincidência, de modo que a substituição da pena não é socialmente recomendável.I.(TJPR - 2ª C.Criminal - 0012715-58.2016.8.16.0013 - Curitiba - Rel.: José Maurício Pinto de Almeida - J. 12.07.2018).

[...] II - A prova colhida foi capaz de reconstruir e elucidar os fatos, afastando o julgador da sombra da dúvida, de modo que não se faz possível a manutenção da absolvição com fulcro no princípio do in dubio pro reo. III - Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais, especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não sendo possível desqualificá-los tão somente pelo fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. IV - É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. [...]

(TJ-PR - APL: 15978222 PR 1597822-2 (Acórdão), Relator: Celso Jair Mainardi, Data de Julgamento: 02/02/2017, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1969 13/02/2017)

APELAÇÃO CRIME. PENAL. ROUBO QUALIFICADO (157, §2º, I E II DO CP). APELAÇÃO 1. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO NO DELITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. NÃO CABIMENTO. PROVAS APTAS A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. CONTRADIÇÕES NOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELO RÉU E CORRÉU. AUSÊNCIA DE CREDIBILIDADE NA PALAVRA DO RÉU DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EIVADO DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUE CORROBORA COM AS DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS DELITOS PATRIMONIAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NO DELITO DE ROUBO. NÃO CABIMENTO. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. COAUTOR QUE AUXILIOU NA FUGA DO OUTRO AGENTE. INVIABILIDADE DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação crime nº 1706920-6 / fls. 2 de 29 curso da instrução probatória. Grave ameaça do delito de roubo devidamente caracterizada. Decreto condenatório mantido. Apelo conhecido e não provido. Apelação 2: pleito de condenação no delito de resistência (art. 329, do cp). Não ocorrência. Ausência de lapso temporal entre as ações. Disparos que ocorreram logo após o delito de roubo e ainda no contexto do crime patrimonial. Meios de garantir a fuga e a posse da coisa. Sentença escorreita. Recurso conhecido e não provido. (TJPR; ApCr 1706920-6; Curitiba; Quarta Câmara Criminal;

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak; Julg. 08/02/2018; DJPR 02/03/2018; Pág. 210).

APELAÇÃO CRIME. Roubo tentado. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Recurso da defesa. Pleito de redução da pena-base ao patamar mínimo. Não conhecimento. Sentença que já aplicou a pena-base no mínimo legal. Alegação de bis in idem. Pleito de aplicação do princípio da consunção e especialidade. Absorção do delito de porte de arma de fogo pelo roubo. Não acolhimento. Condenação por roubo simples. Ausência da majorante do emprego de arma. Correção, de ofício, de erro material, nessa parte. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Roubo. Inviabilidade. Autoria e materialidade demonstradas. Relevância da palavra da vítima em crimes contra o patrimônio. Versão dos policiais e da vítima harmônicas. Reconhecimento extrajudicial corroborado pelo depoimento dos policiais em juízo. Palavra dos policiais dotadas de credibilidade e presunção de veracidade. Porte de arma de fogo de uso restrito. Inviabilidade de acolhimento do pleito absolutório. Autoria e materialidade demonstradas. Prisão em flagrante delito. Relevância da palavra dos policiais. Fé-pública. Presunção de veracidade. Dosimetria. Pretensão de fixação da pena- base abaixo do mínimo legal. Redução da pena intermediária. Impossibilidade. Teoria da culpabilidade por vulnerabilidade e da coculpabilidade. Inexistência de circunstância concreta a comprovar que a vulnerabilidade social do réu ocasionou a prática delitiva. Construções doutrinárias não acolhidas pelo sistema jurídico pátrio. Impossibilidade, ademais, de fixar a pena- base e a intermediária abaixo do marco legal mínimo. Súmula nº 231, do STJ. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR; ApCr 1740475-4; Curitiba; Quarta Câmara Criminal; Rel^a Juíza Conv. Dilmari Helena Kessler; Julg. 01/02/2018; DJPR 22/02/2018; Pág. 178).

Evidenciada, assim, a sedimentada posição tanto da doutrina quanto da jurisprudência a respeito do tema, é possível reconhecer que, ao menos sob esta perspectiva, não encontra o projeto de lei proposto qualquer sustentação. Afinal, não parece existir qualquer dúvida a respeito do entendimento prevalente.

Isto, porém, longe está de significar que os depoimentos de policiais sejam admitidos sem quaisquer restrições, pois apesar de serem dotados de fé pública, estão sujeitos ao crivo do contraditório e à confrontação com as demais hipóteses baseadas no aparato probatório.

A exigência desta harmonização e contextualização probatória, entretanto, não parece ser motivo suficiente para que se inverta sua presunção *juris tantum* de veracidade – tal como pretende o projeto de lei – opção que, em última análise, significaria a negação dos próprios princípios gerais que regem a administração pública.

2.2. (In)compatibilidade com o sistema das provas processuais penais.

Sem embargo de toda esta argumentação trazida pelo direito administrativo contrapondo-se ao quanto proposto pelo projeto de lei, existem ainda fortes argumentos de cunho criminal que devem ser igualmente ressaltados.

O primeiro dos argumentos que pode ser adicionado, é o de que não há qualquer *ilegalidade* na coleta do depoimento de testemunhas policiais, não podendo a sentença contaminar-se de *nulidade* pelo simples fato de neles se basear.

Além de contrariar a própria estrutura sistêmica relacionada à teoria das nulidades – que tem como vetor o “prejuízo” –, o depoimento de policiais, em si mesmo considerado, não padece de qualquer irregularidade. Afinal, se de um lado, a prova testemunhal é admissível no processo penal brasileiro, de outro, o Código de Processo Penal não elenca qualquer restrição que impeça os agentes públicos de servirem a essa qualidade. Pelo contrário, o diploma legal prevê precisamente regra contrária, dispondo que “toda pessoa poderá ser testemunha” (art. 202).¹⁸

Nesse cenário, somente poderiam ser excluídos *a priori* da apreciação judicial os depoimentos policiais taxados de *ilegais*, ou seja, aqueles que, de alguma maneira, pudessem ser considerados *ilícitos* ou *ilegítimos*.

Sobre o tema, destaca Ada Pellegrini Grinover – à luz dos ensinamentos de Pietro Nuvolone –, que a prova *ilegal* (gênero), será dita *ilegítima* quando violar normas de direito processual, e considerada *ilícita* sempre que violar normas, constitucionais ou legais, de direito material, quando de sua obtenção:

[...] diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente

18 Nesse sentido, NUCCI ensina que “a qualidade da testemunha, seu meio de vida, sua profissão, sua reputação ou qualquer outro atributo pessoal não deve produzir efeito algum para impedir a sua atuação”. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

obtida.¹⁹

Em certa medida, essa doutrina dá sentido ao dispositivo constitucional contido no art. 5º, inciso, LVI, segundo o qual *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a Constituição, ao estabelecer a inadmissibilidade das “provas obtidas por meios ilícitos”, trata inquestionavelmente das provas ilícitas, como acima conceituadas [...], limitando o tema aos parâmetros já expostos [...]²⁰

Nessa linha interpretativa, passível de críticas a definição legal contida no art. 157, do CPP, nas palavras de GRINOVER:

Não parece ter sido a melhor opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela “obtida em violação a normas constitucionais ou legais” (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.²¹

A partir daí, parece evidente que o depoimento de policial somente poderia ser excluído da apreciação judicial se, desde logo, houvesse prova no sentido de que *ele tivesse sido colhido em desrespeito às normas materiais* – caso em que a prova deveria ser desentranhada dos autos (art. 157, CPP) –, ou às *normas processuais*, caso em que o ato seria nulo.

É somente neste contexto, de prova ilegal utilizada para a fundamentação da sentença, portanto, que este ato decisório poderia ser considerado nulo, por extensão (art. 563, CPP):

A existência de qualquer nulidade (absoluta ou relativa), seja na fase postulatória ou instrutória, causa sempre um impacto irreparável na sentença de mérito. Poder-se-ia dizer que é requisito de validade da sentença, como ato processual culminante do processo, a inexistência de nulidade, em qualquer fase do procedimento. Declarada a nulidade, por

19 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

20 Ibidem. p. 131.

21 Ibidem. p. 125.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

exemplo, de qualquer ato da instrução pelo tribunal, em caso de recurso, o vício se propaga automaticamente para a sentença de mérito. Mas essa declaração de nulidade não atinge os demais atos da instrução criminal, realizados regularmente, com exceção das alegações finais, que devem ser complementadas.²²

De outro lado, não havendo que se falar em ilegalidade na colheita dos depoimentos dos policiais, por consectário, não há como eivar a sentença judicial que dele se vale como sendo nula.

Ressalta-se, ainda, que a existência ou não de ilegalidade deve dizer respeito somente aos **fatos ocorridos no íter da prova testemunhal**, isto é, desde sua proposição no adequado tempo processual até o momento de sua produção, realizada diretamente perante o juízo.

Logo, eventuais ilegalidades cometidas no momento em que a autoridade policial realiza a abordagem do suspeito, por exemplo, jamais teriam o condão de invalidar o depoimento que ela mesmo prestasse sobre o ocorrido. O depoimento, neste sentido, nada mais é do que “uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato”²³, ou seja, é a versão de uma determinada pessoa sobre um fato relevante ao processo que tenha presenciado.

A eventual ocorrência de ilegalidade neste momento anterior (a abordagem), entretanto, não contamina a validade do relato que sobre ele se realiza (o depoimento). Sobre este último, por isto, não sendo o caso de infração de normas materiais ou processuais, os demais questionamentos que poderiam ser aventados em relação a ele dizem respeito exclusivamente ao seu *conteúdo*, isto é, ao seu valor de convencimento face ao restante do aparato probatório produzido.

A questão, em síntese, é de *força probatória*, isto é, de *peso probatório*, nada tendo de relação com a admissibilidade ou validade da prova produzida.

Neste particular, absolutamente insustentável o quanto

22 BREDÁ, Antônio Acir. **Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal**. Revista de Processo. Vol. 20/1980. p. 179-194. Out-Dez/1980. Revista dos Tribunais.

23 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 412.

proposto no texto legislativo em criação.

2.3. (In)compatibilidade com o sistema de nulidades processuais penais.

Tal como mencionado, de acordo com o sistema processual penal brasileiro, uma vez produzida licitamente, qualquer prova poderá ser utilizada para fins de fundamentação da decisão judicial, sem implicar, por si só, em nulidade do ato decisório “por arrastamento” (art. 573, § 1º, CPP).

Sobre o sistema de nulidades no processo penal, GRINOVER uma vez mais nos recorda que:

Da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais resulta, em princípio, que somente aqueles atos praticados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados; para os que não atendem os requisitos mínimos do modelo traçado pela lei, o legislador estabelece sanções, que variam segundo a maior ou menor intensidade do desvio do tipo legal.

Em alguns casos, a desconformidade com o modelo legal é tão intensa que se chega a falar em inexistência do ato; em outros, ao contrário, o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a norma foi instituída, de sorte que podem ser consideradas meramente irregulares, sem que sua eficácia esteja em jogo; e, finalmente, para certos desvios de forma estabelece-se a sanção de nulidade, pela qual a lei possibilita que se retire do ato a aptidão de produzir efeitos²⁴.

No mesmo sentido a lição de Eugênio Pacelli de OLIVEIRA:

A desconformidade do ato com a forma prevista em lei implica, por primeiro, a sua irregularidade. O ato irregular, porém, não é nulo em si mesmo! A nulidade, como consequência do vício, constitui verdadeira sanção jurídica, a fim de retirar os efeitos do ato nulo ou de limitar-lhe a eficácia. A rigor, não se pode falar em ato nulo em processo. A nulidade não integra o ato. Ela deve ser imposta em razão do defeito, mas não como elemento intrínseco e automático do ato, e sim, repita-se, como sanção ao vício²⁵.

Ressalta este mesmo autor que somente a *lei* pode estabelecer os requisitos para se considerar um ato nulo:

[...] E, precisamente por isso, por se tratar de sanção, a afetar os efeitos e a eficácia do ato processual, ela deve obediência ao princípio da legalidade,

24 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit. p. 17/18.

25 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 898.

isto é, depende ela de previsão legal! Que pode ou não existir, tudo a depender de outras considerações, geral e essencialmente vinculadas às finalidades do ato e do processo²⁶.

Este argumento pode levar a uma precipitada conclusão de que a mera alteração legislativa – tal qual proposta no projeto de lei em análise – seria suficiente para contornar os limites aqui trazidos. No entanto, é preciso recordar que é, igualmente, a própria lei quem conta com **limitações extrínsecas à sua formulação**, a saber, a observância aquelas regras e princípios consagrados na Constituição Federal.

Assim, antes que se conclua pela (im)propriedade da limitação legal, é preciso primeiro investigar se o novo requisito de validade estabelecido deitaria bases - ou não - no texto constitucional.

2.3.1 Limitações constitucionais para a definição de atos nulos no campo probatório.

Pois bem. Fixada a premissa de que somente a lei pode estabelecer os requisitos de validade de um ato processual, convém, neste momento, questionar sobre os **limites de atuação do legislador neste campo**. É dizer, saber se, ao realizar a atividade legislativa, conta o legislador com alguma limitação extrínseca de ordem constitucional a balizá-la.

O tema longe está de ser pouco complexo, encontrando largo enfrentamento doutrinário que, invariavelmente, enveredam pela perspectiva da teoria da argumentação jurídica, no âmbito da filosofia do direito²⁷.

Em atenção aos limites deste espaço, aqui convém apenas recordar da perspectiva positivada em nosso próprio ordenamento. Neste sentido, nas disposições gerais atinentes à prova - rechaçando os sistemas da íntima convicção e da prova legal (ou tarifada) -, o artigo 155 do CPP consagrou o sistema da persuasão racional ao positivar que o *juiz formará sua convicção pela livre*

²⁶ Idem.

²⁷ Para uma aproximação ao tema, cf. ATIENZA, Manuel, **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997. Sob a perspectiva penal, cf. DÍEZ RIPOLLES, José Luis, **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

apreciação da prova produzida em contraditório judicial.

Sobre a valoração da prova, MARINONI aponta que:

Uma vez produzida a prova, será ela valorada pelo juiz. Em regra, essa *valoração* será feita na sentença ou na decisão concessiva de tutela provisória, quando o magistrado terá de formar seu convencimento. No direito brasileiro, adota-se o princípio da persuasão racional do juiz, de modo que as provas não têm, em regra²⁸, valor predeterminado, podendo o magistrado convencer-se livremente com qualquer das evidências presentes nos autos, desde que justifique os motivos pelos quais entende que certa prova gera convencimento, ou as razões para que certa prova se sobreponha a outra (art. 371).

[...]

Por esse regime, o juiz não tem sua convicção presa, a priori, a nenhuma valoração imposta por lei. O juiz é livre para formar sua convicção a partir de qualquer das provas dos autos – destaque nosso.²⁹

No mesmo sentido, WAMBIER:

Salvo exceções que apenas confirmam a regra, o ordenamento brasileiro repudia a adoção da chamada *prova legal* precisamente porque consagra o princípio de persuasão racional (CPC, art. 371). Assim, **mesmo quando o ordenamento parece querer excluir determinado meio de prova relativamente a certa espécie de fatos, isso deve ser visto com reserva, para que não se cerceie de forma injustificada o direito à prova**; o que é particularmente certo quando a atividade probatória busca o prévio conhecimento dos fatos – destaque nosso.³⁰

Especificamente sob a perspectiva processual penal, Gustavo

Badaró esclarece que:

Num modelo racional de valoração da prova, não é o legislador, mas a epistemologia, que indicará o melhor método de valoração. **Somente em caráter excepcional, o legislador, visando preservar outros valores que sejam superiormente relevantes, como o fortalecimento da presunção de inocência, estabelecerá restrições que visam a assegurar uma melhor qualidade da decisão.** Por exemplo, o art. 158 do CPP exige-se o exame de corpo de delito, nas infrações que deixam vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Tal vedação funda-se na premissa de que, sendo possível a produção de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo (a perícia), não se pode aceitar uma prova menos qualificada (a confissão). Outra regra que limita a liberdade de valoração

28 Destaca o autor, em nota de rodapé, que “existem exceções, concedidas ao sistema da prova legal (em que o valor da prova é vinculante para o juiz), como os casos previstos nos arts. 392 ou 406 [do CPC]. Tais excepcionalidades, porém, só poderão existir dentro de contextos específicos, conforme se verá abaixo.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil** [livro eletrônico]: artigos 369 ao 380. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

livre do julgador é o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que estabelece: *“nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”*.

Tais dispositivos excepcionais não sinalizam para um retorno ao sistema da prova legal, em seus moldes medievais, “com uma minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indício) e na sua classificação num sistema preciso de prevalências e hierarquias”. O que a lei estabelece, em tal dispositivo, não é determinar qual meio de prova ou quantos meios de prova são necessários para que um fato seja considerado verdade. Ao contrário, num regime de prova legal negativa, determina que somente a delação é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabelece abstratamente o que é necessário para condenar, mas apenas, em **reforço à presunção de inocência**, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável – destaque nosso.³¹

Em outras palavras, as limitações ao poder de livre convencimento motivado da autoridade judicial somente serão admissíveis, no contexto constitucional, **quando a regra buscar proteger um valor superior, que também busque suas bases no bloco constitucional**. Este vetor, como se vê, serve de parâmetro de ponderação na harmonização dos direitos fundamentais que estejam em conflito.

No campo aqui apreciado, bem se vê como merece ser aceita com reservas a **alegação de que a regra em gestação se justificaria na medida em que buscaria reforçar a tutela da presunção da inocência**.

Com efeito, este princípio constitucional, assim como os demais, longe está de ser absoluto. Seus contornos, por isto, devem ser definidos a partir de sua leitura conjunta com os demais valores jurídicos igualmente consagrados na Constituição.

Neste particular, os próprios votos contrários exarados no curso do processo legislativo em questão já indicavam que o texto do projeto de lei fazia tabula rasa aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, invertendo completamente o sistema de presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Isto porque, prevalecendo a nova sistemática pretendida pelo Projeto de Lei, partir-se-á do **pressuposto de que, não havendo outros**

31 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

elementos a corroborar os fatos referidos pela testemunha policial, estes (fatos) seriam equiparados a inverídicos, ou, ao menos, não aptos e suficientes a superar o parâmetro de dúvida razoável para a condenação.

Nesta linha, em vingando o projeto, estar-se-á admitindo uma *hierarquia de provas de mesma espécie*, pois a única prova testemunhal que não poderia servir de fundamento exclusivo da decisão seria aquela oriunda de policiais, dando-se tratamento diverso à prova, também testemunhal, colhida de terceiros.

Importante argumento de reforço que, igualmente, deve ser resgatado diz respeito ao mandamento constitucional de **fundamentação das sentenças e decisões judiciais**, previsto textualmente pelo artigo 93, IX, CF. Afinal, aprovado o quanto pretendido, se estaria diante de verdadeiro cerceamento à liberdade de valoração (e conseqüente motivação), inerente e imprescindível ao exercício da atividade jurisdicional.

Vale recordar, ainda, que a atuação estatal no âmbito penal está pautada não só na *proibição de excessos*, mas também na *proibição de que sua atuação seja insuficiente para proteger os bens jurídicos penalmente relevantes*. Afinal, como ressalta GUIMARÃES:

[...] se é certo que o processo penal deve ser utilizado como freio a possível arbítrio estatal e por isso as garantias para o acusado são fundamentais, também é certo que ele deve, em certa medida e de numa interpretação restritiva, porém necessária, atuar para garantir a segurança do cidadão. Por isso a preocupação do constituinte brasileiro em conjugar no *caput* do art. 5º, ou seja, justamente do artigo que trata dos direitos e garantias, lado a lado, vida, liberdade e segurança.

É a partir dessa harmonização entre as duas vias de contenção, do Estado e pelo Estado, que se identificam os princípios que unificam o sistema processual penal constitucional brasileiro: proibição de excesso e proibição da proteção deficiente.³²

Resta claro, portanto, que a atividade legislativa encontra limites no sistema de princípios e valores constitucionais, que deve ser observado sob pena de atingir-se o cerne da própria persecução penal de delito que conta com

32 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Desvinculando-se da dicotomia “inquisitório versus acusatório” e firmando-se novo paradigma constitucional para Sistema Processual Penal Brasileiro, funcionalizado pela dupla baliza de proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André [coords]. **Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

mandado de criminalização expresso na própria Carta Maior (art. 5º, inciso XLIII).

2.3.2. Demais reflexos afetos à proporcionalidade.

O argumento ora trazido, como se vê, guarda imediato vínculo com uma apreciação relacionada à *proporcionalidade da atividade legislativa*.

No entanto, afora o quanto já referido, é válido ressaltar outros aspectos nesta seara que, em vingando o projeto, restariam maculados. Isto porque, o fundamento veiculado no projeto de lei – de fortalecimento do princípio da presunção da inocência – toca imediatamente à *suficiência probatória*. Com efeito, adota-se claramente uma posição que inviabiliza a persecução criminal de inúmeros crimes de tráfico de entorpecentes, que, não raro, são cometidos em locais ermos, acessados somente pelas forças policiais que nele ingressam e/ou por testemunhas que, por razões de fundado temor à própria segurança, ainda quando tenham presenciado tais atividades, não transportam suas versões para o processo penal.

O pragmatismo da mudança, portanto, ignora a realidade social brasileira e gama complexa de questões envolvidas na persecução criminal de determinados delitos.

Há, claramente, um conflito de valores constitucionalmente protegidos que, precisamente, por isto demanda cautela na utilização dos vetores da proporcionalidade. Sobre o tema, BONAVIDES ressalta que:

[...] o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis³³ (p. 434.)

Embora não se ignore, uma vez mais, a densidade científica que envolve o tema³⁴, parte-se aqui da premissa de que toda atividade legislativa deva estar adstrita aos contornos da proporcionalidade, no sentido de que toda

33 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 434.

34 Neste sentido, essencial a referência a ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 [1986].

disposição normativa seja **(a)** adequada, **(b)** necessária e **(c)** proporcional em sentido estrito:

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de averiguar a constitucionalidade ou não de determinada medida legislativa, exige que sejam manipulados os três subprincípios sucessivamente, como um verdadeiro “teste” da proporcionalidade entre o meio escolhido pelo legislador e o fim que alega buscar.

O princípio da adequação é o primeiro passo na aferição da constitucionalidade da lei frente ao princípio da proporcionalidade. Indaga tal subprincípio se a medida é adequada à obtenção do fim que o legislador pretende atingir.

O segundo passo é a aplicação do princípio da necessidade. Nele reside a exigência de que o legislador não pode tomar medida restritiva de direito fundamental se existem outras medidas menos gravosas que podem ser adotadas. Havendo, assim, meio mais idôneo para a consecução do fim pretendido, não se justifica a adoção da medida restritiva.

[...]

Por fim, há o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida da ponderação entre direitos, bens ou interesses. Em via de regra, uma medida legislativa visa proteger determinados direitos, bens ou interesses. Ocorre que, ao incidir na realidade, a medida, por via oblíqua, acaba por atingir outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos, limitando-os. Apresenta-se, nesse caso, uma colisão de direitos, que se resolve pela ponderação de valores. Caso seja constatada a precedência, no caso concreto, dos direitos a serem limitados, não deve prevalecer a medida, por desproporcional, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade.³⁵

Pois bem, basta uma inicial aplicação destes parâmetros ao quanto proposto pelo projeto de lei para identificar-se a fragilidade do texto apresentado.

Com efeito, já na primeira *etapa* do referido *teste*, verifica-se o equívoco da opção legislativa. É que, ao se analisar o *subprincípio da adequação*, conclui-se facilmente que a medida sugerida, por si só, não garantirá que policiais que eventualmente obrem em abuso de seus poderes deixem de adotar tal postura no momento da abordagem pelo simples fato de que seu posterior depoimento poderá não ser parâmetro suficiente para a condenação do réu.

Pelo contrário, a inserção desta nova disposição no sistema poderá agravar a situação de abuso nestas ocasiões, já que poderia fazer aflorar a

35 SANTOS, Gustavo Ferreira. **Excesso de poder no exercício da função legislativa**. In: Revista de informação legislativa: v. 35, n. 140 (out./dez. 1998). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/443/r140-30.pdf?sequence=4>>. Acesso em 07 ago. 2018.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

sensação de ineficácia na atuação policial, dando azo à vingança imediata baseada, agora, no argumento da certeza da ausência de punição estatal.

Ainda que *adequada* fosse, a medida não seria *necessária*, já que não adota os meios menos gravosos disponíveis para se alcançar os fins almejados. Repita-se, se o cenário que se coloca é equivalente à prévia desconfiança em relação à atuação dos agentes públicos envolvidos na abordagem, a qualidade da prova penal produzida, bem como a dissuasão de abusos poderia ser obtida a um só tempo com outras medidas, como a partir da exigência de registro audiovisual das operações e abordagens policiais, desde que sejam as polícias devidamente aparelhadas para tanto.

Por fim, ainda que sob o risco de simplificar o vetor da *proporcionalidade em sentido estrito*, pode-se igualmente argumentar a fragilidade do texto proposto. Neste sentido, basta ver que em nenhum momento pensa-se efetivamente numa ponderação que leve em conta a defesa do direito fundamental que se menciona e a afetação de tantos outros mandamentos constitucionais que voltam-se à busca de uma proteção suficiente de bens jurídicos penais relevantes que deve ser objetivada pelo Estado de direito.

Justamente por força destes argumentos é que, sob o olhar jurídico e jurídico-penal, não encontra sustentação o projeto de lei ora apreciado.

Curitiba, 1º de novembro de 2018.

**Equipe do Centro de Apoio das Promotorias
Criminais, do Júri e de Execuções Penais**