



DA SIMBOLOGIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO AO DISCURSO REAL DOS ATORES JURISDICIONAIS NO PROCESSO PENAL DA “GUERRA ÀS DROGAS”

ON THE SYMBOLOGY OF THE PRINCIPLE OF MOTIVATION TO THE ROYAL DISCOURSE OF JURISDICTIONAL ACTORS IN THE CRIMINAL PROCESS OF THE "WAR ON DRUGS"

Caio Fernando Mattos de Souza¹

Thayara Castelo Branco²

RESUMO: O presente estudo procura analisar a relação que existe entre o princípio da motivação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro, dando ênfase ao papel da testemunha policial única nos processos relacionados ao tráfico de drogas. Percebe-se que a presunção de veracidade, a qual é dada às testemunhas únicas policiais, aproxima o processo penal brasileiro do modelo inquisitorial, afasta os direitos e princípios fundamentais que devem ser garantidos a qualquer acusado e “justifica” o fato de que muitos juízes não fundamentam suas decisões. Esse contexto está intimamente ligado ao chamado processo penal da guerra às drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Guerra às drogas. Princípio da motivação.

ABSTRACT: The present study, tries to analyse the relation that exists between the principle of the motivation of the judicial decisions and the Brazilian Criminal Proceeding, the paper of the sole police witness in the processes related to the drug trafficking and his relation to the testifying proof. It is perceived that the presumption of truthfulness, that is given the sole police witnesses brings near the Brazilian Criminal Proceeding close to the inquisitorial model, removes the rights and basic principles that must be guaranteed to any accused and "justify" the fact that many judges do not substantiate their decisions. This context is intimately connected to the called criminal proceeding of the war on drugs.

KEY WORDS: Criminal Proceeding. War on drugs. Principle of the motivation.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que um estado de encarceramento em massa instalou-se no Brasil. Com base no levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com Tribunais de Justiça do ano 2017, o Brasil possui 654.372 pessoas em cárcere, 66% deste todo está condenada e 221.054 (32%) estão submetidas à prisão provisória. De acordo com a mesma pesquisa, os

¹ Caio Fernando Mattos de Souza. Graduando do 9º período em Direito na Universidade CEUMA. Membro do Núcleo de Estudos sobre Violência e Cidadania (NEVIC/UNICEUMA). E-mail: 42.mattos.caio@gmail.com

² Advogada. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA. Doutora e mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente do curso de Direito da Universidade CEUMA. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Violência e Cidadania/NEVIC CEUMA. Coordenadora da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade CEUMA. Professora Substituta da Universidade Estadual do Maranhão/UEMA. E-mail: thaybranco@yahoo.com.br



crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos; ou seja, observando esses dados, pode-se perceber que o tipo penal descrito pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) é um dos grandes responsáveis pela alta taxa de encarceramento, visto que boa parte dos presos responde por este crime.

Além disso, a atuação dos agentes do sistema de justiça criminal é um fator que deve ser levado em consideração quando se deseja entender qual a explicação para uma taxa de encarceramento tão elevada, pois é preciso entender porque muitas sentenças têm caminhado nesse sentido, especialmente em relação ao modo que as decisões judiciais estão se realizando, se estão sendo bem fundamentadas ou não, se o processo penal brasileiro está sendo seguido de acordo com a devida filtragem constitucional promulgada em 1988. Esta hipótese/problema foi o ponto de partida para este estudo.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo mais abrangente buscar subsídios, por meio de levantamento bibliográfico, metodologia escolhida para fundamentar esta pesquisa, para proceder quanto a uma análise sobre a validade que possui ou não a prova testemunhal, especialmente em relação ao crime de tráfico de drogas, e como, nesse sentido, isto tem afetado o processo penal. Em suma, buscou-se dissecar a veracidade de argumentação da testemunha única nas decisões judiciais e a relação disso com o crime descrito pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Quanto aos aspectos mais específicos, procurou-se analisar qual deve ser o funcionamento deontológico do processo penal; qual a importância das provas para este ramo do direito instrumental, e como no contexto do ordenamento jurídico do Brasil tem se orientado o peso do depoimento das testemunhas, em especial, de policiais, para as decisões judiciais; inquirir a respeito do que significam falsas memórias e como estas têm afetado o sistema de justiça criminal; do que se trata o princípio da motivação e se o mesmo tem sido observado pelos juízes durante a fundamentação de suas decisões judiciais; e o que é o processo penal da guerra à drogas.

2. PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A atual legislação processual penal no Brasil, como apontado por Lopes Jr (2014), é uma herança de um tempo em que princípios e garantias processuais, hoje vistas como sendo de natureza fundamental a pessoa humana, eram encaradas como um fator que abria margem para a expansão da criminalidade ou como “favores”. Tal afirmação, segundo aponta aquele autor, é derivada da leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, o qual é um texto orientado por uma concepção de “defesa social”, fruto da influência



fascista daqueles tempos. Esta visão entrou em choque com a Constituição Federal de 1988 de modo que, ao longo do tempo, foi preciso realizar uma filtragem constitucional e democrática, a qual permitisse que o Código de Processo Penal pudesse ser realmente recepcionado pelo ordenamento jurídico.

Contudo, apesar das reformas processuais penais que foram feitas ao longo do tempo, em especial a Lei nº11.690/08, não há um verdadeiro modelo acusatório³ no Brasil. De acordo com professor Aury Lopes Jr (2010, p. 523), o que se tem é o que o autor chama de *sistema neoinquisitório*⁴, e não um sistema misto, como apontado por outros autores, sistema este cheio de pulsões autoritárias e elementos do modelo inquisitorial. Logo, estruturas amorfas no CPP de 1941 abrem a oportunidade para excessos, ou seja, atropelam-se direitos fundamentais individuais, a seletividade penal tem terreno fértil e o processo se aproxima do modelo inquisitorial⁵.

Nesta modalidade processual, o julgador será completo detentor do material que formará o seu convencimento, atuando como bem entender durante o processo. De acordo com o referido autor: “é da essência do sistema inquisitório um ‘desamor’ total pelo contraditório”. Isto significa que, ao lidar com as provas, o juiz, convicto de qual será seu prévio julgamento, as usará apenas para confirmar aquilo que estava acusando o réu e não para com isso estabelecer sua motivação ao decidir em absolver ou condenar.

É a partir desse ponto que se destaca o princípio da motivação das decisões judiciais. Aquele é um derivado lógico da garantia do devido processo legal, previsto no

³ Que segundo Lopes Jr (2017), destaca-se pelos seguintes pontos: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheia a labor da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição;

⁴ O artigo 156, e tantos outros, atribui a iniciativa probatória ao juiz, e que possui como agravante, a prevenção como causa de fixação da competência, de modo que o juiz-ator da fase pré-processual será o mesmo que, pela regra do artigo 83 do CPP, irá atuar na fase processual (admitindo, portanto, a prova que ele mesmo acolheu). Isso caracteriza claramente o referido modelo neoinquisitorial.

⁵ Surgido com as perseguições da Santa Inquisição pela Igreja Católica a partir do século XII, segundo Lopes Jr (2017, p. 149), define-se da seguinte maneira: “O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo franco e leal entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação”.



artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal. De acordo com a Carta Magna (artigo 93, inc. IX):

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O Código de Processo Penal, ao mencionar tal princípio, afirma, por meio de seu artigo 155, que os magistrados serão livres para formar sua convicção, porém deverão fundamentar suas decisões, ou seja, é o *livre convencimento motivado*.

A funcionalidade desse dever de observância que o princípio da motivação das decisões judiciais impõe, segundo Giacomolli (2015, p. 215), se dá em razão da permissão do controle das decisões em nível endoprocessual - possibilidades impugnativas através de recursos e de ações autônomas de impugnação (*habeas corpus*, mandado de segurança e revisão criminal) - assim como do controle externo, isto é, da comunidade jurídica, voltado para os entes públicos e à cidadania (função política).

Em outras palavras, tal princípio oferece segurança jurídica. As decisões judiciais devem estar amparadas com uma fundamentação consistente nos princípios e garantias constitucionais, principalmente, de modo a permitir o devido processo legal e o direito de defesa do acusado, pois, sem uma decisão verdadeiramente motivada, a atuação do réu no sentido de defender-se torna-se limitada ou até mesmo inexistente. Sendo assim, sem o resguardo do princípio da motivação, não existe modelo acusatório e, sem esse sistema, não há devido processo legal. Quanto mais se afastam estes princípios constitucionais, maior o risco de se provocar injustiças, e esquecendo-se das garantias processuais, os indivíduos tornam-se absolutamente impotentes perante o Estado Penal. (LOPES JR, 2017)

Ou seja, ainda que a nossa Constituição tenha assegurado direitos e garantias fundamentais próprios de um modelo acusatório, o nosso processo penal está sujeito a arbitrariedades como no sistema inquisitório. Nesse sentido, a figura dos juízes tem se acostumado a um ativismo judicial perigoso, ponto determinante nesta pesquisa.

3. DA GESTÃO DAS PROVAS: A PROVA TESTEMUNHAL EM XEQUE

Pode-se afirmar que o modo pelo qual se dá a gestão da prova é central para qualquer modelo processual. Como visto anteriormente, quanto mais poder é dado às partes para contraditarem as provas em juízo, com o devido distanciamento (*terzietà*) do magistrado



e respeito às garantias e direitos fundamentais cabíveis ao acusado, mais próximo aquele sistema será do modelo acusatório. Do contrário, se, por exemplo, há promiscuidade entre a figura da acusação e da que julga, atropelamento dos princípios processuais e democráticos, produção de provas de ofício, etc., mais estará alinhado ao sistema inquisitório.

Nesta linha, é cabível definir o que constitui a prova, ou seja, qual seu conceito e função. Partindo-se da consideração de que o processo penal é uma reconstrução histórica, de acordo com Lopes Jr (2010, p. 517), “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”. Ou seja, o ritual judiciário está voltado para se fazer uma aproximação daquilo que ocorreu anteriormente e, através dos meios probatórios, fornecer ao juízo instrumentos para que o mesmo possa exercer sua atividade recognitiva e, então, produzir seu convencimento externado na sentença.

É curioso que a palavra *instruere* já foi uma vez verbo próprio da arquitetura, significando “construir, edificar, ordenar com método” (CORDERO, 2000, p. 6). Quanto ao Direito, instruir passou a significar o procedimento de recolhimento das provas, as quais possam permitir aproximação com o fato histórico (LOPES JR, 2010).

É compreensivo que, em face da sua finalidade, a natureza jurídica da prova seja, de acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 388), “de direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos”. Logo, depreende-se que “somente a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo” (GOMES FILHO, 2005, p. 303).

3.1. Notas sobre a Prova Testemunhal

Dentre os mais variados meios de prova, tem-se a prova testemunhal como um modelo bem importante, que consiste na reprodução de depoimento de testemunha, previamente arrolada, a respeito do fato passado, em juízo e na presença das partes, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório. No Direito Processual Brasileiro, qualquer pessoa poderá ser testemunha por força do artigo 202 do CPP, a qual será compromissada a dizer a verdade, caso contrário incorrerá nas penas descritas pelo artigo 342 do Código Penal (crime de falso testemunho).

Em regra, ninguém pode recusar-se a depor, porém o artigo 206 do CPP desobriga o depoimento de pessoas que possuam parentesco e presumida proximidade em relação ao caso concreto, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-



se a prova do fato e de suas circunstâncias. Além disso, são proibidas de depor aquelas pessoas que, em razão do sigilo profissional, não podem revelar o que sabem (art. 207, CPP), salvo se acordarem em prestar depoimento⁶.

Quanto ao procedimento para o acolhimento da prova testemunhal, segundo Ávila (2013, p. 62), o processo penal brasileiro sofreu significativa mudança após a reforma processual trazida pela Lei nº11.690/2008, a qual trouxe influências do direito norte-americano, sendo similar ao *cross-examination* (ou exame direto ou cruzado), pois acusação e defesa realizam os seus questionamentos diretamente às testemunhas, ou seja, as partes são submetidas ao contrainterrogatório de seu adversário. Contudo, a atuação do juiz, no processo penal brasileiro, não está limitada a somente presidir o ato, a ele também é permitido complementar a inquirição dos pontos não esclarecidos (artigo 212, CPP).

A prova testemunhal tem um grande destaque no processo penal brasileiro e ainda é o principal meio de prova, apesar de que, conforme se revelará, possui uma grande fragilidade e, nas palavras de Aury Lopes Jr, deveria ter pouca credibilidade, mas acontece que este meio de prova é a “base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas” (LOPES JR, 2010, p. 643).

Essa crítica se dá em razão de que há uma ilusão quanto à objetividade do testemunho, almejada pelo artigo 213 do Código de Processo Penal, conforme se depreende de sua leitura: “juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do caso”.

Cordeiro (2000, p. 55) aponta que tal exigência é “ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo e as impressões variam muito no processo mnemônico (memória)”.

3.2. *Falsas Memórias e a Prova Testemunhal*

O maior problema da prova testemunhal é que se lida com variáveis voláteis. Uma delas é a memória, a qual não é como uma fotografia ou representação cinematográfica de um fato. Ela está sujeita a alterações, impressões e até mesmo sugestões em que o sujeito se

⁶ A capacidade para ser testemunha não se confunde com a capacidade civil, eis que o cego e o surdo, bem como o enfermo, não são incapazes civilmente, mas o são para testemunhar, se a debilidade apresentada resultar na impossibilidade de percepção sensorial do fato a ser narrado. Todavia, o surdo mudo capaz de comunicar-se por sinais pode servir de testemunha sobre os fatos que tenha presenciado. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos pode testemunhar, porém, fica impossibilitada a ocorrência de crime por falso testemunho, eis que este é inimputável criminalmente. .



coloca ou é colocado, ou fruto das emoções, perspectivas, etc., do observador. Além disso, ainda que compromissadas a dizer a verdade, testemunhas ainda podem mentir de modo que consigam enganar os jurados ou o juiz. Por estes motivos, Lopes Jr afirma (2010, p. 664) que este meio de prova é “o mais perigoso, manipulável e pouco confiável”.

O tempo realiza efeitos nefastos sobre a testemunha e aquilo que ela de fato lembra a respeito do evento, afinal, como afirma Ávila (2013, p. 58) “o intervalo entre o depoimento em inquérito e a oitiva, como testemunha no processo, pode demorar anos”. Com a demora, as memórias vão se perdendo, de modo que se tornam sujeitas a todo tipo de possível distorção. “A neurociência explica que isso acontece porque o Sistema Nervoso Central (SNC) não armazena propriamente registros factuais, mas sim traços de informações que serão usados para reconstruir as memórias.” (ÁVILA, 2013, p. 103).

A prova testemunhal, haja vista que primordialmente dependente da lembrança, não é perfeita. Não há como se exigir precisão objetiva de um depoente em uma audiência, este fato por si só contradiz o disposto pelo art. 213 do CPP. Nossa memória é vulnerável e sua relação com a prova testemunhal atinge um ponto crítico quando analisadas as chamadas falsas memórias. Segundo Ávila (2013, p. 104), “elas consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram. A interpretação errada de acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias”. Em comparação com a mentira, tendo em vista ser esta fruto de um ato consciente, Lopes Jr (2010, p. 665) pontua que, em relação ao prejuízo da credibilidade testemunhal, “as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso”, além de serem mais difíceis de identificar.

3.3. Prova Testemunhal Única

Casara (2015, p. 147), partindo de um resgate histórico do direito islâmico clássico, relembra que naquela época:

O sistema probatório era baseado, por um lado, no valor da palavra do muçumano e, por outro, na rejeição da evidência escrita ou material, ou seja, em um modelo de reprodução de fatos que aposta na confiabilidade do depoimento oral, surgiu a figura da ‘testemunha acreditada’, homens (e, com certas restrições, também mulheres) cujo testemunho, em seus efeitos jurídicos, não poderia estar sujeito a dúvidas.

Como visto anteriormente, a prova testemunhal, ainda que válida dentre os parâmetros legais, é passível de ocasionar erros, pois de acordo com vários autores não é uma fonte confiável a ponto de merecer a credibilidade que é dada pela práxis jurídica no Brasil, apesar de no país constituir-se como um dos principais meios de prova. A importância deste



tipo probatório é tanto que se chega a admitir condenações com base no depoimento de testemunha única, contrariando direitos e garantias fundamentais.

No direito brasileiro atual, tal como nos tempos do direito islâmico clássico, parece que algumas pessoas têm o privilégio do sistema de justiça criminal lhes garantir uma presunção de veracidade quanto ao seu depoimento, ou seja, sendo consideradas como se fossem verdadeiras testemunhas oficiais acreditadas – um testemunho acima de erros ou falhas. Notadamente, conforma observa Casara (2015), ante a análise de diversos julgados de tribunais brasileiros, até mesmo da mais alta corte de Direito do país, como por exemplo, o julgado do STF, AI765153, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28/08/2009, está se falando da testemunha única policial.

Esse discurso da presunção de veracidade, abstração generalizante, fundamenta-se na circunstância de que os agentes públicos estão, no plano ideal, voltados a alcançar o bem comum. Casara (2015, p. 151) afirma que não é algo compatível com as determinações constitucionais do processo penal brasileiro, pois como consequência:

Primeiro [...] gera um desequilíbrio na relação processual (o Estado-Administração, titular do poder de punir, passa a contar com elementos probatórios ‘confiáveis’ construídos por seus agentes). Segundo: por inverter o ônus probatório em oposição à normatividade constitucional; por contrariar o princípio da presunção de inocência).

Isso transforma um processo marcado pelo conhecimento (*cognitio*), substituindo-o pela autoridade (*auctoritas*). “Flerte” direto com o modelo inquisitório. O princípio da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII da CF/1988) é suprimido. As armas da Defesa perdem sua força. A apreciação de provas *in dubio pro reo* é afetada, tornando este brocardo latino em algo inócuo.

Importante a ressalva de Lopes Jr (2010, p. 649) de que:

[...] não há o que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato [...] Na continuação, nos deparamos com sentenças condenatórias em que são utilizados os elementos do inquérito e o depoimento dos policiais em juízo. Isso é aceitável? Claro que não.

Observa este autor que “é recorrente que o Ministério Público arrole como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito”. Buscam, com isso, judicializar a palavra destas testemunhas, evitando descumprimento do disposto no artigo 155 do CPP, mas é como um golpe de vista, na verdade as condenações



estão baseadas, exclusivamente, nos atos da fase pré-processual e no depoimento marcado pela contaminação dos agentes de polícia. Portanto, a questão central trata-se de que não há impedimento para que os policiais possam depor. Contudo, “é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem em audiência” (LOPES JR, 2010, p. 649).

4. PROCESSO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS

Mais uma vez, cabe lembrar que está se falando de princípios constitucionais, que devem ser sempre observados, ainda mais pelos magistrados ao momento em que estão proferindo suas decisões. Contudo, dentre o cenário do processo penal da guerra às drogas, as figuras se invertem, ou melhor, há uma desconsideração pelo que o texto constitucional diz. Segundo Valois (2016, p. 419), isto se dá pelo seguinte motivo: “A atuação do Judiciário [...] tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas”.

Oportunamente, cabe a análise do perfil do juiz brasileiro. Está aqui se falando daquele que, em geral, desaponta, pois não cumpre aquilo que determina ser de sua obrigação, não no sentido de que não está julgando, mas por ver a si mesmo como uma figura que não condiz com a função que deve exercer. Segundo Casara (2015, p. 2018), em uma pesquisa realizada com magistrados do Fórum do Rio de Janeiro, de um total de 25 (vinte e cinco) juízes criminais, 21 (vinte e um) deles responderam a um questionário dizendo levar a segurança pública em consideração ao decidirem sobre seus casos.

De acordo com Valois (p. 431, 2016), essa é uma conjuntura que nada tem a oferecer quando se pensa e vê que o poder judiciário tem a tarefa de ser instrumento de paz social, há uma visão distorcida de que a atuação de magistrados/as implica como parte da política de segurança do Estado. É lamentável saber o quanto isso provoca excessos, prejudica acesso a direitos e garantias fundamentais e favorece os índices elevados de encarceramento no Brasil.

Isso é apenas parte das distorções que o processo penal da guerra às drogas tem provocado. Para o referido autor, o qual em sua pesquisa chegou a analisar 250 inquéritos relacionados ao tráfico de drogas, estes das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Belo Horizonte e Brasília, o que mais cabe destacar é a força da palavra policial. Esta se dá a tal ponto que muito provavelmente irá determinar todo o decorrer de um processo.



Tal conclusão surge quando, combinado com o estudo de outras pesquisas, percebe-se a repetição de padrões de comportamento de vários setores do sistema de justiça criminal, desde expressões utilizadas por policiais, como se deram os flagrantes, as (não) falas dos indiciados, o decorrer das audiências de instrução, a fundamentação das decisões judiciais e no que elas se baseiam, etc.

A maioria desses processos se inicia na atividade policial. A partir do trabalho de Valois, destaca-se, em especial, que grande parte das diligências e prisões foram realizadas pela polícia militar, representando um percentual de 76,4% (191 de 250). Somente em Brasília, a polícia civil figurou como a principal condutora dentre os procedimentos avaliados (uma média de 71%), porém, considerando-se os autos do restante das capitais analisadas, a polícia militar é principal condutora nos autos de prisão em flagrante (87%).

Após o período de prisão provisória, chegando-se à fase do julgamento, em geral as únicas provas nos autos consistem: a) na apreensão daquela determinada quantidade de droga; b) no depoimento das testemunhas. Contudo, o mais comum é que a testemunha seja de natureza única, sendo esta policial, é tudo o que basta para fundamentar uma decisão. Nos dizeres do autor: “A prova testemunhal é, normalmente, a própria polícia, que leva a droga à delegacia e diz ter sido a substância apreendida com a pessoa detida, e foi o que se observou na maioria dos processos das cinco capitais pesquisadas”.

Para o STF, isso é perfeitamente válido para qualquer tipo de delito. Tal posicionamento tem sido reforçado/adotado ao longo dos anos pelas demais cortes estaduais⁷. É o que o podemos observar pela leitura da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

O que se percebe é que há uma jurisprudência desinteressada na filtragem constitucional do processo, a qual surge em nome de uma política criminal que tem como principal objetivo aplicar condenações, desta forma, incentivando o encarceramento como se isso tivesse o poder de aplacar a máquina do tráfico de drogas.

O Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo – NEV, em pesquisa intitulada *Prisão Provisória e Lei de Drogas no Brasil: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia*, semelhante ao trabalho do prof. Valois, chegou a avaliar

⁷ EMENTA: - PROCESSUAL PENAL. PENAL. TESTEMINHA 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. (...) III. – HC indeferido (HC76557, Relator p/ acórdão: Min. Carlos Velloso, 2º Turm. J. em 04/08/1998).



667 autos de prisão em flagrante no Estado de São Paulo. Neste trabalho, verificou-se um índice de 91% de réus condenados em razão de inquéritos e processos em que a palavra policial foi considerada quase que com exclusividade.

De acordo com Valois (2016), em outro estudo realizado no Distrito Federal, este de Beatriz Vargas, a qual faz uma análise mais aplicada dos argumentos utilizados pelo judiciário quanto ao processo penal da guerra às drogas, examinou-se 436 sentenças, de modo que ao final observou-se um índice de 85,5% de condenações. Resultado que condiz com o de Luciana Boiteux *et al* (2009), feito no Rio de Janeiro e DF, nas instâncias de segundo grau do Rio e de Brasília, de 271 acórdãos, se encontrou um resultado de apenas 1,6% de absolvições.

Luís Carlos Valois e o NEV chegaram, separadamente, a mesma estatística de que em relação a todos os documentos analisados houve um percentual de 74% de autos de prisão em flagrante sem a palavra de testemunhas que não os policiais envolvidos. Contudo, alerta-se que, segundo a pesquisa do juiz da Vara de Execuções Penais de Manaus (2016, p. 489):

[...] o número de processos sem testemunhas é ainda maior, pois não se colocaram nas estatísticas acima os procedimentos em que as prisões foram efetivadas por agentes penitenciários, aqueles realizados em estabelecimentos penais, nem as efetivadas por policiais federais ou rodoviários. Levando em consideração esses autos, os procedimentos sem testemunha que não seja policial ou agente penitenciário contam 80% do total.

O que tem acontecido na realidade é que o policial da rua é o delegado, promotor e juiz do processo penal da guerra às drogas. Este assume uma personificação estatal que desconsidera o restante das atividades administrativas. O conduzido quando é entregue à delegacia, ao invés de ter a sua prisão avaliada pelos delegados/as, conforme determina o art. 304, §1º do CPP, em geral tem a efetuação imediata do encarceramento, sendo costume a “ausência do delegado na lavratura do auto de prisão em flagrante; com alguns orientando a elaboração do documento por telefone”. (VALOIS, 2016, p. 502).

Outro dispositivo que, infelizmente, tem se tornado “letra morta” é o parágrafo segundo do referido artigo: “a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto da prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso a autoridade”. Buscou-se com isso aproximar o processo penal de sua devida filtragem constitucional, porém na prática sem resultado. Isso demonstra que também era intenção do legislador limitar a prática de prender alguém sem testemunha do fato. Na falta destas, o auto pode ser lavrado com testemunhas de apresentação. Uma testemunha policial toma conhecimento do fato após a *notitia criminis*, isto é, após as verdadeiras testemunhas comunicarem a polícia. Isto significa que a



jurisprudência erra, pois autoriza uma prática que, mais uma vez, vai contra os princípios e as garantias que a Constituição de 1988 estabeleceu.

Ou seja, o ordenamento busca uma maior aproximação da *verdade possível* no processo. Além de dar um certificado que alega que aquela prisão não se deu de modo arbitrário. Porém, o mito de que policiais não mentem ou não estão sujeitos a falhas, combinado com o preconceito que reveste o Judiciário, em especial quando se está falando em indiciados pelo art. 33 da Lei de Drogas, o réu deste processo dificilmente será absolvido, pois já é tratado desde o começo como culpado.

Isso seria contornável, caso ampla defesa e contraditório fossem princípios realmente aplicados. Nesse sentido entra a questão do princípio da motivação das decisões judiciais. Nos dizeres de Valois (2016, p. 505):

Quando o CPP determina ao delegado lavrar o flagrante quando este se entender como fundada a suspeita contra o conduzido, o indiciado deve ter o direito de atacar os motivos do delegado, a sua concepção. A ausência da manifestação da autoridade policial, inclusive como conduta padrão, obsta o direito de defesa da pessoa, em mais uma engrenagem do punitivismo estatal, ao prazer do automatismo encarcerador da guerra às drogas.

Contudo, na maior parte, mais especificamente em 90,4% dos procedimentos examinados pelo autor, a autoridade policial não se manifestou ou apenas imprimiu um *ratifico* a prisão efetuada. De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, inciso LV), tantos nos processos judiciais ou administrativos são “assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Porém, mais uma vez, a jurisprudência não se preocupa com a filtragem constitucional e firma entendimento no sentido de que “o inquérito policial é peça meramente informativa, *não suscetível de contraditório*, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação de nulidade da ação penal”. Tal postura é “compreensível” quando se entende que a verdadeira preocupação é justificar uma política (polícia) criminal de combate às drogas, como afirma Valois (2016).

Por fim, cabe enfatizar que os magistrados não são agentes de segurança pública. Como afirmado por Valois (2016, p. 431), devem atuar como instrumentos para a pacificação social, aplicando a justiça dentro dos parâmetros constitucionais e, como este trabalho procura destacar, devem fundamentar suas decisões, com base em provas robustas, produzidas mediante contraditório e ampla defesa. Isso significa que não se pode formar uma sentença de condenação somente com base em uma prova testemunhal única. Este tipo de prova por si só é algo pouco confiável, sujeito as variáveis do tempo, assim como pode ser prejudicado pela incidência das falsas memórias, altamente nocivas ao processo.



Nesse sentido, “o papel do juiz no processo penal é de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais do réu a ele submetido” (LOPES JR, 2010, p. 565). Deve-se buscar romper com essa cultura inquisitória que permeia o processo penal brasileiro. “A dúvida deve dar lugar à absolvição, não ao sofrimento” (LOPES JR, op. cit.), nem à prisionização pela antecipação da culpa, fruto de uma política de guerra aos inimigos do direito penal, que no caso, são os crimes ligados às drogas ilícitas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desfecho do presente ensaio segue num pequeno resumo: alguém é indiciado com base em uma apreensão e prisão em flagrante, a autoridade policial ratifica o alegado pelos policiais, sem se preocupar com a fundamentação. Na audiência de instrução, há a leitura de *script* (de acordo com a pesquisa do NEV em alguns casos o policial se preocupou em chegar antes para “ler o processo” e se lembrar do que ocorreu), este dará seu testemunho (uma repetição oral dos termos do inquérito, em sua grande maioria), o qual é de natureza única e será o suficiente para validar a condenação. Os juízes, apoiados na jurisprudência que desconsidera os princípios do contraditório/ampla defesa, acatam ao pedido da promotoria. Além disso, por parte do Judiciário, como visto, não há preocupação com o princípio da motivação, a defesa fica prejudicada, o mesmo se sucede nas instâncias superiores. O indivíduo é definitivamente preso. O processo segue à fase de execução e o punitivismo celebra assim mais uma vitória. Em algum outro lugar essa história recomeça, as engrenagens do *encarceramento em massa* continuam a girar.

Considerando a hipótese/problema que foi feita ao início deste trabalho, pode-se afirmar que se encontraram respostas, infelizmente, não compatíveis com o funcionamento de um processo penal deontologicamente constitucional e democrático, como o constituinte de 1988 buscou trazer. Além disso, observou-se que o devido processo legal só pode existir caso o modelo acusatório, como entendido na atualidade, ou seja, que segue as características já apresentadas neste trabalho, seja de fato aplicado ao sistema de justiça criminal de um país. Isso prescinde de normas e direitos fundamentais que não podem acatar qualquer tipo de exceção.

Isso significa que testemunhas únicas policiais não podem ganhar presunção de veracidade que supere a presunção de inocência, direito de todo acusado, característica marcante para o processo penal constitucional. Esse cenário é preocupante pois, infelizmente, a jurisprudência e os juízes têm se manifestado de forma contrária. Porém, ainda é possível reverter a situação. O processo penal deve caminhar em direção a sua devida filtragem



constitucional, ainda que o discurso real de muitos atores jurisdicionais tenha se dado em sentido oposto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BOITEUX, Luciana; et al. *Tráfico de drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Rio de Janeiro/Brasília: Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)/ Universidade de Brasília (UnB), 2009.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R.R. *Processo Penal do Espetáculo: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. 1ª ed. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. 2017. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. Tomo 1.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2016*. São Paulo: 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: Yarshel, Flávio Luiz e Zanoide de Moraes, Maurício (org), Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

JESUS, Maria Gorete Marques. *Prisão Provisória e Lei de Drogas no Brasil: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011.

LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica*. 3º ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. *Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal*. 2014. <http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.



LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8º ed. rev. ampliada e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.