XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

RESQUÍCIOS DO SISTEMA INQUISITORIAL: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TJ/RJ NAS SENTENÇAS RELACIONADAS À LEI 11.343/06

REMNANTES OF THE INQUISITORIAL SYSTEM: ANALYSIS OF APPLICATION OF THE STARE DECISIS 70 FROM TJ/RJ IN SENTENCES RELATED TO LAW 11.343 / 06

Marilha Gabriela Reverendo Garau

Resumo

O presente trabalho tem o intuito de demonstrar, através da exposição inicial dos dados de uma pesquisa empírica desenvolvida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo objeto de análise consistia na avaliação das sentenças proferidas por juízes de primeira instância, fatores remanescentes do sistema inquisitorial no que tange à condenação por tráfico de drogas baseada unicamente no testemunho de policiais militares. Para tanto, será analisado além do tramite legal de registro das prisões em flagrante, com ressalvas para a fé pública dos atos praticados por agentes policiais, na condição de representantes do Estado, também o contraste entre pressuposto de fé pública e práticas policiais corriqueiras. A análise se faz relevante uma vez que o fato de um entendimento jurisprudencial de cunho eminentemente inquisitorial ser aplicado reiteradamente a casos análogos, mitiga consideravelmente o direito à presunção de inocência do acusado, vez que o ônus probatório de autoria e materialidade do delito é retirado da acusação e competido à defesa.

Palavras-chave: Lei de drogas; sistema inquisitorial; fé pública; presunção de veracidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to demonstrate, through the initial exposure data of an empirical research carried out at the Court of the State of Rio de Janeiro, whose object of analysis consisted of the valuation of sentences given by lower court judges, identification factors of the inquisitorial system with respect to conviction for drug trafficking based only on the testimony of police officers. Thereunto, will be analyzed in addition to recording legal tramite prison in the act, with exceptions for public faith of the acts committed by police officers, provided state representatives, also the contrast between public faith assumption and ordinary police practices. The analysis is relevant as the fact an eminently inquisitorial nature of legal understanding be applied consistently to similar cases, considerably mitigates the right to presumption of innocence of the accused, as the evidential burden of authorship and materiality of the offense is removed from the prosecution and defense competed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Drug law; inquisitorial system; public faith; veracity of presumption

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende demonstrar, a partir da exposição dos dados da pesquisa empírica "Tráfico ou consumo: critérios determinantes para configuração processual das condutas", desenvolvida a partir do ano de 2012 no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a permanência do modelo inquisitorial no âmbito do processo penal no que tange aos crimes cometidos na esfera da Lei 11.343/06.

A cidade do Rio de Janeiro assume no cenário mundial grande evidência sobre os temas criminalidade e violência. Neste viés, parte considerável das discussões no âmbito da Segurança Pública perpassa pelo discurso de combate ao tráfico de drogas. Essa questão desde a década de setenta alçou seu espaço midiático crescente, possível responsável pela difusão da chamada "guerra urbana" na cidade.

Há cerca de dez anos, em função dos eventos internacionais que a cidade recebeu e ainda receberá, houve uma substancial alteração nas estratégias da favela, marcada pela pelas incursões de agentes policiais militares que passam a ocupar aquele território onde está concentrado o comércio de substancias, tidas como ilícitas.

A Lei 11.343/2006 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas alterou o antigo texto da Lei 6.368/1976 que até então regulamentava o assunto. A nova lei, por sua vez, é mais tolerante em relação ao usuário, deixando o tema a cargo da área da saúde pública, instituindo uma despenalização neste sentido, embora o uso continue proibido, não há uma punição a termos de privação de liberdade para isso.

Entretanto, esta lei apresenta uma lacuna peculiar, que oferece a Delegados, Promotores e Magistrados imensa discricionariedade no que tange ao enquadramento do indivíduo como usuário ou traficante, uma vez que são elencados critérios meramente formais para que tal distinção seja enquadrada na prática, posto que a legislação não estabelece uma diferenciação objetiva capaz de diferenciar uso de tráfico.

Neste viés, a proposta de pesquisa objetivou identificar os critérios determinantes no convencimento do juiz de direito para enquadramento da conduta do indivíduo apreendido na posse de droga à figura típica correspondente a uso ou a tráfico.

Deste modo, inicialmente, a análise deste artigo aponta para a fundamentação das sentenças, nas quais, um dado interessante foi identificado, qual seja a reiterada utilização da súmula 70 do TJ/RJ, que autoriza a condenação de acusados com base probatória única e exclusivamente pautada no testemunho de Policiais Militares.

Sequencialmente o trabalho analisa o tramite legal para registro de uma prisão em flagrante, contrastando os pressupostos de fé pública regentes das atividades de natureza pública às realidades práticas das instituições policiais observadas a partir da breve exposição de resultados decorrentes de estudos empíricos e antropológicos.

Por fim, debruça-se sobre o processo de construção de verdade processual penal vigente no Brasil, a partir do exame dos contraste entre o sistema dos países oriundos da *cível law* e da *common law,* objetivando demonstrar que a utilização dos elementos pautados na presunção de verdade policial, decorrente do pressuposto de fé pública, figura no âmbito do processo penal como um elemento que oferece reforço e respaldo ao sistema inquisitorial, principalmente no caso específico da lei de drogas, onde raramente há mais testemunhas além do policial militar responsável pela condução do flagrante.

1. ANÁLISE DE SENTENÇAS NO ÂMBITO DA LEI 11.343/06

No aspecto legal no que tange à repressão ao uso e ao tráfico de entorpecentes, o Brasil vivenciou uma lei que perdurou por aproximadamente trinta anos, sendo substancialmente alterada pela Lei 11.343/06. O reconhecimento da substancial mudança limita-se à pessoa do consumidor, na medida em que estes passaram a ser classificados pela condição de vítima dentro do contexto e, portanto, a dedicou-se políticas direcionadas à reparação dos danos decorrentes do consumo de drogas. Por outro lado, a nova legislação acerca do assunto reiterou a posição do Estado quanto à repressão ao tráfico de entorpecentes, reprimindo tal conduta com penas ainda mais duras.

No ano de 2012, foi desenvolvido pelo Núcleo de Iniciação Cientifica da Universidade Cândido Mendes um projeto de pesquisa que visava avaliar os critérios determinantes na decisão do juiz para enquadramento do agente portador de drogas como usuário ou traficante.

A metodologia de pesquisa empregada consistia na análise de autos processuais e inquéritos policiais de processos criminais em fase diversas, na primeira e na segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos quais constavam figuras típicas descritas no âmbito da Lei 11.343/06, qual seja a nova lei de drogas.

Neste interim, avaliou-se cerca de 100 (cem) autos de processos judiciais envolvendo condutas descritas na denominada nova lei de drogas. Todos os processos objeto de análise continham, necessariamente, o relatório do inquérito policial, a denúncia do Ministério Público, a versão da defesa e a sentença condenatória, absolutória e/ou desclassificatória da conduta. Não foram levados em consideração para objeto de amostragem, portanto, os eventuais acórdãos proferidos no âmbito dos processos, limitando-se a análise aos autos de primeira instância.

Um fator curioso chamou bastante atenção na análise dos dados coletados: em 100% dos casos não havia no inquérito policial, tampouco nos autos processuais qualquer prova de autoria do crime que não a palavra/testemunho dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do indivíduo.

Acerca da materialidade do delito, o cenário não era muito diferente, uma vez que nos autos dos processos objetos de análise havia tão somente o laudo de apreensão da droga, figurando como elemento probatório da ocorrência do delito.

Desta forma, as denúncias apresentadas pelo Ministério Público costumavam reproduzir, na íntegra, a narrativa apresentada pelos Policiais Militares no momento da execução da prisão em flagrante. Sem que, em nenhum dos casos objeto de análise, identifica-se a presença de outros elementos capazes de figurar como objeto de prova em processos desta natureza.

A análise mais detida dos autos fez perceber que nestes casos em específico a defesa manifestava-se sempre no sentido de desconstruir a presunção absoluta de veracidade dos testemunhos policiais atribuída ao agente policial.

Argumentos tais como a latente falta de credibilidade da atuação da polícia militar, sejam por questões de natureza institucionais ou por falha humana, pautavam a argumentação da defesa.

Em determinado processo, cujo fato havia ocorrido em 2008 – e os acusados permaneciam presos em regime de prisão preventiva –, o advogado apresentou suas alegações finais no sentido de que os testemunhos dos dois policiais militares que haviam registrado o fato naquela ocasião não poderiam ser considerados como meio de prova idônea para condenação, uma vez que aqueles profissionais não teriam condições de recordar-se com clareza de detalhes sobre fatos passados, ocorridos há tanto tempo.

Por outro lado, como objeto constante de outras argumentações, a defesa costumava aduzir que a droga não havia sido encontrada na posse do acusado, ora Réu, mas implantada pelo Policial Militar no momento da prisão em flagrante.

A partir de situações deveras semelhantes, a defesa costumava apresentar suas alegações no sentido de requerer a absolvição do acusado com base no princípio do *In Dubio Pro Rei*, uma vez que a palavra do policial, como única fonte de prova não poderia ser considerada prova robusta na condenação de um indivíduo.

É neste contexto que os magistrados formam seu livre convencimento motivado e proferem suas sentenças. Ora, em 95% dos casos analisados, os juízes desconsideraram os argumentos da defesa, e, visando desconstruir as teses de defesa, faziam expressa referência ao Enunciado da Súmula editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja redação segue adiante:

> *N°. 70: O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*[1].

[1]http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70

Neste viés, observa-se o entendimento dos magistrados de primeira instância é norteado pela jurisprudência do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que se inclina no sentido de aceitar a legalidade da prisão baseada em testemunho exclusivamente policial como prova para conversão da prisão em flagrante em preventiva, bem como para condenação do agente, restando desnecessárias demais provas que justifiquem a condenação do acusado. Fazendo valer, portanto, o pressuposto da presunção de veracidade dos testemunhos dos agentes policiais.

2. O FLAGRANTE DELITO E A ATUAÇÃO POLICIAL

O art. 5°, inciso LXI da Carta Fundamental de 1988 estabelece que:

> "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei".

Tal preceito visa à garantia da segurança dos indivíduos, tendo em vista a possibilidade do exercício das liberdades e direitos fundamentais sem que sejam cometidas coações ou arbitrariedades. Caracterizando-se, na ocorrência de delitos, como uma exceção ao princípio da presunção de inocência e ao direito fundamental à liberdade.

Pela redação do art. 310 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante do agente apreendido nas circunstâncias elencadas no art. 302 do mesmo diploma legal, será mantida até sua comunicação à autoridade judiciária, que determinará seu relaxamento, conversão em prisão preventiva ou ainda concederá a liberdade provisória.

Aquele que efetua a prisão é o sujeito ativo ou condutor, este pode ser qualquer um do povo, ou ainda um agente policial, que possui como dever legal, efetuar a prisão em flagrante e conduzir o infrator à autoridade policial.

O procedimento de formalização da prisão em flagrante começa com a oitiva do depoimento do condutor, bem como de duas outras testemunhas e, por último do conduzido. Caso não haja testemunhas, os policiais, desde que tenham presenciado o flagrante, poderão atuar como testemunhas, incluindo-se o condutor.

Na fase probatória em juízo, a situação não é diferente. No âmbito da produção de provas testemunhal, na ausência de demais provas, a palavra dos policiais é suficiente para ensejar a determinação da condenação do suposto infrator.

Isto acontece porque o agente público, quando em serviço e atuando estritamente em função de seu cargo, estará amparado pelas normas que regem a atividade pública, de modo que, os atos praticados por agente público gozam de presunção de fé pública.

Ora, o Estado não pode deixar de prestar serviços à comunidade. Segundo preleção de José dos Santos Carvalho Filho (2012, 12), autor obrigatório nos cursos de graduação em Direito do Brasil, a própria evolução do Estado justifica a necessidade de disciplina das relações sociais, seja para proporcionar segurança aos indivíduos, preservar a ordem pública ou mesmo na prática de atividades benéficas à sociedade.

Sobre o assunto João Mendes de Almeida Júnior (1963, 07) esclarece:

> "os fins de sua organização dão a segurança dos direitos individuais e a conservação dos interesses da vida social, fins esses que lhe dão, pela identificação de certos fins do Estado, o caráter público".

Assim, nada mais coerente do que o ordenamento jurídico conferir aos agentes encarregados de promover tais fins prerrogativas peculiares à promoção dos pressupostos do Estado, prerrogativas tidas como indispensáveis à consecução dos fins públicos.

Desta forma e à luz de tais pressupostos, a Polícia Civil possui função auxiliar à instrução judicial, atuando após a consumação do fato, a partir da realização de investigações e cumprimento de ordens do poder judiciário. Enquanto que à Polícia Militar seriam

atribuídos poderes de vigilância, visando à prevenção e repressão da criminalidade, cabendo-lhe o exercício da função de vigilância da população, encarregando-se da manutenção da "ordem pública".

Neste contexto, de promoção de bem estar social e atendimento aos interesses públicos, ambas policias seriam abarcadas pelos pressupostos de fé pública. Ou seja, presunção de veracidade de todo e qualquer ato por eles realizados, sejam testemunhos, ações, ou ainda, documentos por eles expedidos e assinados.

Entretanto, recentes estudos empíricos (GRILLO; POLICARPO; VERÍSSIMO, 2013) revelam que a Polícia Militar deixa de atuar em consonância à suas funções atribuídas pela Constituição.

Conforme se verifica da pesquisa promovida por esses pesquisadores acadêmicos, pelo recebimento de subornos, a exemplo, quando por ocasião de uma blitz ou de uso de entorpecentes o policial sugere o pagamento de um determinado valor ou bem para eximir-se de seu dever legal de conduzir os infratores, tirando vantagem da situação. Neste sentido (GRILLO; POLICARPO; VERÍSSIMO, 2013, 03):

> "Não há nenhuma novidade em policiais militares "achacando" usuários de drogas, assim como ocorre com alguns infratores das regras de trânsito, de quem é cobrada a popularmente chamada "cervejinha" ou "cafezinho". Motoristas cuja documentação não foi paga, por exemplo, podem negociar a isenção da multa, quando abordados nas chamadas "blitz" ou "duras", principalmente nas operações extraoficiais. Nessas mesmas "duras", ocorre também a revista dos indivíduos suspeitos que, quando surpreendidos com drogas, freqüentemente pagam o tributo informal (digamos assim) para serem liberados, chegando até mesmo a irem, em companhia de um policial, ao caixa-eletrônico para sacar mais dinheiro, conforme foi-nos narrado".

Ademais, os policiais escolheriam qual a punição cabível ao infrator, de acordo com as respectivas percepções individuais dos próprios policiais, que avaliam a gravidade do ato cometido pelo agente e aplicam-lhe sanções tidas por eles como proporcionais (GRILLO; POLICARPO; VERÍSSIMO, 2013, 04).

> “A punição pode passar apenas pelo prejuízo monetário conjugado à intimidação e à admoestação verbal dos indivíduos flagrados. Todavia, dependendo das circunstâncias, pode ser agravada pelo acréscimo da humilhação e da agressão física, como “tapa na cara" ao qual alguns interlocutores aludem. A esse último tipo de punição, os usuários referem-se como "esculacho”.

Além disso, há ainda situações nas quais o agente costuma valer-se da denominada por Roberto Kant de Lima (1995), “arbitragem policial”. Nestas situações o agente policial, decide qual a pena cabível ao infrator, ou executam os chamados flagrantes forjados.

Segundo Kant de Lima (1995), a polícia usa de seus poderes, concedidos, em virtude de seu poder de vigilância, para flexibilização da lei. Desta forma seu poder passa a ser exercido a partir do julgamento subjetivo do próprio policial, de modo que as autoridades policiais avaliam os fatos e agem de acordo com esta avaliação, observando as condições sociais e culturais do indivíduo envolvido.

Tais práticas aparentam verdadeira afronta ao disposto no Código de Processo Penal, no que diz respeito ao trâmite para condenação ou absolvição de um indivíduo pela prática de um delito. Isso porque, conforme explica Kant de Lima (1995), a ética policial visa aplicar regras processuais diferentes e princípios legais distintos a situações análogas, a partir do contexto social das pessoas envolvidas.

Situação não muito diferente ocorre no âmbito das práticas da Polícia Civil. Neste sentido, outro estudo de campo objetivando a análise da dinâmica da polícia civil do estado do Rio de Janeiro (SOUZA, 2008), observou que os próprios policiais decidem e avaliam o que é ou não válido para ser consubstanciado em registro de ocorrência. Assim, uma ocorrência,

embora caracterizada como fato delituoso, previsto expressamente no Código Penal ou mesmo na Lei de Contravenções Penal pode não ser registrada porque na visão do policial "não dará em nada", fazendo referência ao possível arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, pela morosidade da justiça ou ainda à deficiência de meios para apurar a infração.

Michel Misse (2010) em sua pesquisa revela a ambivalência encontrada nas funções de polícia no âmbito do inquérito policial, identificada como a investigação policial (dissociada do policiamento ostensivo praticado pelos policiais militares) e a pré-instrução criminal. Segundo ele, na prática a investigação policial antecipa-se à própria instauração do inquérito, que será aberto apenas durante a investigação, se posteriormente forem identificados elementos que o justifiquem.

Inobstante o cenário narrado, o Código de Processo Penal em seu art. 17, determina que o inquérito policial, em regra, é um procedimento indisponível, logo, este não pode ser arquivado pela autoridade policial, devendo obedecer ao trâmite processual previsto legalmente, cabendo à autoridade deflagrá-lo, sem que seja feito juízo de discricionariedade para tanto.

A fé pública é um termo jurídico que denota um crédito que deve ser dado aos documentos emitidos por autoridades públicas no exercício de suas funções e que gozam da presunção de que tais documentos são verdadeiros. Os Escrivães de Polícia e oficiais de justiça têm fé pública, o que significa que suas certidões são havidas por verdadeiras, sem qualquer necessidade de demonstração de sua correspondência à verdade, até que o contrário seja provado (presunção *juris tantum*).

Sendo assim, para que um flagrante seja caracterizado pela fé pública, é necessário, minimamente o registro de ocorrência, a partir daí a palavra do policial militar passa a ter pressuposto de veracidade. Isto ocorre porque os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem dotados de *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do *princípio da legalidade da Administração* (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, regula toda a atuação governamental.

3. MODELO DE CONSTRUÇÃO DE VERDADE PROCESSUAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A partir deste ponto far-se-á uma exposição analítica da trajetória histórica dos modelos processuais penais a fim de compreender o sentido da terminologia sistema penal acusatório, misto e inquisitorial.

Ora, o sistema inquisitório remete-nos à Inquisição, tal como a própria nomenclatura adverte. Como é sabido, a Inquisição possuía relação direta com a igreja, no sentido de apuração da deturpação dos dogmas por ela estabelecidos, principalmente no âmbito da Reforma Protestante do século XVI, não mantendo, portanto, qualquer relação direta com a criminalidade em si como vista hoje – defesa de bens essenciais ao bom convívio em sociedade tais como vida, patrimônio e liberdade.

A coerção inquisitorial apresentava características específicas e tinha como principal fundamento a existência de verdades absolutas, vinculadas à ideologia da época. Conforme dito anteriormente, o sistema inquisitorial foi amplamente difundido pela Igreja durante a Inquisição Católica, sendo predominante até meados do século XIX.

O juiz nesse caso busca a verdade tida como real, podendo valer-se de qualquer meio para obtê-la, atuando como parte do processo: investigava, dirigia o procedimento, acusava e julgava, convidando o acusado a declarar a verdade, sob pena de uma coação.

Assim, a característica mais latente do sistema era certamente o persecutório, uma vez que não era possível vislumbrar a constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas apenas a possibilidade de se reconhecer a insuficiência de provas que ensejasse em sua condenação.

A confissão, por sua vez, era entendida como a prova máxima – "rainha de todas as provas" – sem que existisse qualquer obstáculo moral (ou legal) para que esta fosse extraída do acusado.

Era, portanto, afastado qualquer critério objetivo de cognição dentro do modelo inquisitorial, o que ocasionava uma “subjetivação” do procedimento e que acabava por afastar constatação de fatos históricos e científicos, sendo esta, inclusive a provável razão motivacional do sistema (LOPES JR., 2005, 162).

Neste sentido aufere-se que as regras do direito canônico determinavam instrumentos de gerência, valoração e produção de provas, que apenas confirmavam as presunções despertadas. Assim, o processo penal seria invalido, visto que compreende um resultado previamente determinado pelo juiz (CARVALHO, 2003, 21).

Assim, a (pseudo)verdade apurada, reproduzia na realidade, as convicções pessoais do próprio inquisidor. Sendo bastante um rumor qualquer para cominar em uma grande investigação, sendo a prisão uma regra, posto que, logicamente, diante de uma privação de liberdade do indivíduo este seria posto à disposição da inquisição para que através de variados métodos (de tortura, em sua maioria) fosse obtida a confissão, apenas no sentido de confirmar o que já se formara no entendimento do próprio juiz.

Ressaltando-se, por oportuno que uma das características mais marcantes da inquisição era o sigilo, visando inclusive à preservação da imagem do acusado, o que era diretamente ligado à lógica da época de que a moral do indivíduo deveria ser preservada (LIMA, 2013, 560).

A partir do surgimento da modernidade e o advento da codificação esperava-se que o sistema inquisitório, muito criticado pelos ideais iluministas, seria ultrapassado pelo modelo acusatório.

Ora, construiu-se a partir de *Voltaire* e *Locke* a ideia de tolerância calcados no repúdio às arbitrariedades cometidas no período absolutista, o que seria posteriormente transpassado para as ideias de Direito Penal da época em *Beccaria*. Havendo, portanto, uma racionalização do próprio poder punitivo, que buscava a garantia individual contra intervenções autoritárias. Conforme destaca Roberto Kant de Lima (1989, 69),

> “para a consecução deste objetivo é necessário que o Legislativo preveja os casos em que os juízes vão julgar, para fazer leis que a eles se ajustem a impedir ao máximo arbítrio das decisões judiciais, sempre possível nos casos ‘não previstos em lei’”.

Misse (2007, 13) considera que a socialização da acusação formal foi um dos mecanismos fundamentais que permitiram o desenvolvimento de dispositivos de neutralização e domínio da acusação e que tornaram possível a concentração dos meios da administração de violência legítima empregada por parte do Estado. A partir da importância das inovações jurídicas trazidas defiram-se os cursos da ação criminalizável, figurando estes aparelhos como meios de filtragem das acusações através de processos de incriminação complexos.

Segundo o autor, a incriminação em si distingue-se da acusação, uma vez que aquela recorre à letra da lei, sendo mediada de volta da norma à lei, ainda que sob as asas da norma. Assim, caberia à própria lei articular os interesses da acusação e do acusado, criando, para tanto, processos de neutralidade.

Assim, o processo de incriminação deve seguir um percurso legal e reacional que se utilize da informação acusatorial e naturalize, a partir de procedimentos impessoais, objetivando construir, através de provas e testemunhos, a verdade da acusação (MISSE, 2007, 17).

Inobstante esse cenário, a ruptura entre os sistemas não foi tão significativa quanto deveria ter disso, isto porque houve distorção do modelo da transposição do modelo passado da teoria para a prática. Isto porque, inicialmente, o caráter humanista das reformas penais fora extinto em função de uma cientificidade que tinha como proposta uma neutralidade absoluta. Portanto, o que surgiu como direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou dando lugar a uma lógica burguesa, descaracterizando o projeto de reforma.

Neste sentido Michel Misse preceitua que o que define o crime não é apenas a letra da lei, mas principalmente sua previsão legal, que por óbvio, é dependente um processualismo lógico-racional de interpretação (2007, 19). Embora essa concepção processualista tenha sido concebida com caráter garantidor, tal posse logo restou comprometida na transposição prática

uma vez que o sistema implantado, na realidade, assumiu tão logo características inquisitoriais, o que é demonstrado, no caso do *Code d'Instruction Criminalle* francês, que ocasionou uma divisão entre juízo e investigação, competindo a investigação ao inquisitório.

Resta claro que o poder não abriria mão do controle sobre a produção do saber. O sistema delegou a investigação ao estabelecimento de verdade construída sem contraditório, sobre a qual o juiz iria aplicar a regra. Assim, o conhecimento era uma expressão de autoridade, posto que a verdade era construída em função da conduta tipificada que a investigação inquisitorial preliminar tivesse a pretensão de atribuir ao acusado. Conforme afirma Aury Lopes Jr. (2005, 165), Napoleão como um bom tirano jamais concordaria com uma mudança como essa (do inquisitório para o acusatório) se não tivesse a certeza de que continuaria tendo controle total (fase inquisitória) de todo o processo.

Assim, tal como o direito Civil moderno foi construído objetivando proteger os interesses de propriedade, o direito penal, movido a partir do processo, assumiu uma vertente de manutenção da ordem a partir da criminalização de condutas que supostamente colocavam em cheque a estrutura da sociedade. Objetivando-se em última instância, a manutenção da ordem, o que acabou por auferir uma extensa margem de discricionariedade ao arbítrio judicial no que se refere à ratificação de hipóteses acusatórias, fato que cominou em à sujeição criminal em oposição à proposta garantista original.

O caso brasileiro coloca-se no meio dessa discussão sobre as condições e o formato da produção de verdade, que fica entre um processo penal constitucional, conivente com o Estado Democrático de Direito e um processo penal autoritário e iminentemente inquisitório. O que leva a perceber o sistema brasileiro no que tange à produção de verdades judiciárias como precário, na medida em que são colocados em foco critérios que exageram a aferição de responsabilidade jurídica pela prática de um fato criminoso. Há, portanto, obstáculos à implantação de um modelo de produção de verdades.

Para Roberto Kant (1995, 1), no Brasil haveria uma ordem constitucional igualitária, que é aplicada de maneira hierárquica dentro do sistema judicial, uma vez que diferentes tratamentos legais são dispensados às situações semelhantes, dependendo-se da situação profissional ou social do indivíduo.

Para Misse (2008, 374) o problema perpassa pela máxima de que no Brasil o Estado nunca conquistou por completo o monopólio no uso da violência, tampouco foi capaz de oferecer acesso judicial à resolução de conflitos de forma igualitária a todos os cidadãos.

Inobstante esse cenário, a maior parte dos processualistas penais afirmam em seus manuais que no Brasil o sistema misto foi implementado, considerado como acusatório (Fernando Capez, por exemplo, leitura obrigatória nos manuais de Direito dos cursos de graduação espalhados pelo Brasil). Todavia, tais autores desconhecem, ou optam por ignorar, dados de natureza normativa e empírica que descaracterizam tais afirmações.

A começar pelas condições em que se dá a própria investigação preliminar no país, além dos diversos dispositivos de natureza inquisitorial, espalhados pelo Código de Processo Penal, tal como percebido pelo antropólogo e professor Kant de Lima o comprometimento do modelo acusatório brasileiro ocorre em duas etapas, ainda que seja mais relevante a fase preliminar. Tais etapas apresentam questões peculiares tão relevantes que tem o condão de descaracterizar o arcabouço acusatório do procedimento penal, sendo impossível caracterizá-lo como acusatório ou misto.

Neste sentido, constata Roberto Kant de Lima (1989, 75):

> "a ambiguidade de nossos sistema processual, autodeterminado de misto, enquanto que as práticas "(...) propriamente policiais são levadas de mãos em mãos, "transacionadas", constituindo-se em verdadeira tradição inquisitorial".

Segundo Michel Misse (2007, 23-24), o processo de incriminação ganha na fase policial do processo maior importância relacionada ao grau de exclusão e segregação social do acusado. Tendo dependência direta com o estabelecimento da relação entre sujeito criminal e distância social, podendo ampliar extensões sociais da sujeição criminal para favelas, bairros e ruas ou mesmo uma parte inteira da cidade além de todos os traços sociais que distinguem as classes, tal como gênero, raça ou idade. Além do acervo de ideias lombrosianas acamadas pela polícia ao longo dos anos.

Pode-se inferir que Kant e Misse acordam no sentido de que a inexistência de uma margem de "negociação" no processo penal comina na transferência dessa dinâmica para a própria polícia, o que acaba por expressar riscos principalmente para as populações à margem.

Kant (1989, 76) abordou a análise dessa problemática a partir de uma comparação entre as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. De igual modo, Misse (2007, 18-19) afirma que a tradição anglo-saxã determinou dispositivos que os agentes responsáveis pelo processo de incriminação possam estabelecer negociações de acusação. Porém, isso não foi implementado no Brasil, o que transferiu para a polícia de forma ilegal a criação de um mercado clandestino que possibilita a ocorrência dessas negociações, ocasionando uma negociação moral do legalismo e das normas sociais gerais.

Neste sentido esclarece Kant de Lima (1995, 06):

> "ao contrário do sistema americano, no qual a acusação tem que provar a culpabilidade do Réu, no Brasil, o Réu que tem que provar, na prática, sua inocência".

Ora, o modelo brasileiro em essência possui suas grandes mazelas. Neste sentido há a situação de que o réu deve provar sua inocência, o que comina em diversos questionamentos, uma vez que é previsto Constitucionalmente um processo acusatório, no qual a ação penal tem como titular exclusivo o Ministério Público, com as exceções das ações de iniciativa privada, enquanto que ao juiz é incumbida a função de garantir os direitos fundamentais do acusado no âmbito do processo.

Outra grande questão envolve a consideração dos elementos do próprio inquérito policial para fins da decisão que será tomada pelo juiz no processo (KANT DE LIMA, 1989, 76). Conforme ressalta o autor:

> "A polícia justifica o seu comportamento fora-da-lei alegando ter certeza de que possui o conhecimento testemunhal 'verdadeiro' dos

> fatos: ela estava lá. Alega também, que em certas ocasiões é necessário 'tomar a justiça em suas próprias mãos'".

Ademais, a própria atitude da autoridade policial em relação aos investigados é um indício da precariedade dos elementos de prova que são reunidos na fase preliminar e do possível desconsideração ou desprezo na fase processual.

4. POSSÍVEIS CONCLUSÕES

Ora, o modelo brasileiro em essência possui suas grandes mazelas. Neste sentido há a situação de que o réu deve provar sua inocência, o que comina em diversos questionamentos, uma vez que é previsto Constitucionalmente um processo acusatório, no qual a ação penal tem como titular exclusivo o Ministério Público, com as exceções das ações de iniciativa privada, enquanto que ao juiz é incumbida a função de garantir os direitos fundamentais do acusado no âmbito do processo.

Observou-se neste trabalho que é prática comum no Judiciário que os testemunhos policiais sejam considerados uma fonte inequívoca de matéria probatória nos casos relativos aos crimes de uso e tráfico de entorpecentes. De modo que, a consequência imediata disto é a transferência do ônus probatório da acusação para a defesa, que deverá nestes casos produzir prova negativa, no sentido de desconstruir a palavra do agente policial, reduzida a termo no inquérito policial e reiterada no âmbito do judiciário.

A principal característica de nossa tradição policial judiciária é, certamente, seu ponto de vista estatal, proveniente do próprio surgimento do curso de Direito no país que, quando no advento da Independência, privilegiavam a formação para a administração do Império, o marco de uma tradição de natureza burocrática no país.

Diante do cenário descrito pode-se afirmar que os juízes do Estado do Rio de Janeiro, no momento da prolação de suas sentenças cuja conduta versa sobre as figuras típicas descritas na lei de drogas, permanecem tomando decisões com base nos subsídios colhidos apenas no âmbito do inquérito policial para justificar a materialidade do delito, de igual modo

como acontece com os testemunhos policiais, que figuram, não raramente como única prova de autoria do delito.

Resta evidente que a permanência do inquisitório como modelo adotado para administração institucional de conflitos, no que tange ao julgamento de crimes cometido no âmbito da lei de drogas. Desta forma, a Súmula 70 do TJ/RJ, utilizada como fundamento para condenação nos casos onde não há qualquer outra prova capaz de comprovar a autoria e a materialidade do delito narrado tanto em sede de inquérito policial quanto pelos testemunhos dos policiais militares em juízo, representa um resquício muito forte do sistema inquisitorial no âmbito do processo penal, o que, por óbvio, dificulta consideravelmente a defesa do acusado. Afinal, como questionar um discurso dotado de fé pública? Eis a questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jr. João Mendes. **Órgãos da fé pública**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1963.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

KANT DE LIMA, Roberto. **Entre as leis e as normas: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal.** Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 6, p. 549-580, 2013.

LIMA, Roberto Kant de. **Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil.** In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10,p. 65-84, 1989.

_____, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____, Roberto Kant **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Misse, Michel (org.) (2010) *O* **Inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica.** Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef.

_____. **O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa.** Soc. estado**.**, Brasília , v. 26, n. 1, Apr. 2011.

SOUZA, Érika Andrade Giuliane. 2008. **Feijoada completa: reflexões sobre a administração institucional e dilemas nas Delegacias de Polícia da Cidade do Rio de Janeiro**. Dissertação de Mestrado, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.