II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-221-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, repetindo o sucesso do primeiro evento realizado pelo CONPEDI em ambiente eletrônico, reuniu pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos, com a segurança e a responsabilidade exigidas pelo contexto delineado pela pandemia da Covid-19.

Aqui, temos a honra de apresentar os artigos oriundos de pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição I", na tarde do dia 7 de dezembro de 2020.

No trabalho intitulado "A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI", Marcelo de Almeida Nogueira, Jackeson dos Santos Lacerda e Luiza Moreira Cordeiro Tavares analisam como os casos julgados no âmbito do Tribunal do Júri são constantemente explorados pela mídia e como esta prática jornalística possibilita a emissão de opiniões e conceitos prévios que podem influenciar na formação da opinião pública.

Lara Castelo Branco Monteiro Benevides, no trabalho intitulado "A PARCIALIDADE DO POLICIAL MILITAR COMO TESTEMUNHA NO MEIO PROBATÓRIO: UMA LEITURA CRIMINOLÓGICA NECESSÁRIA AO PROCESSO", investiga o testemunho do policial militar como meio de prova, analisando sua inoportunidade pelas lições criminológicas aplicadas ao processo penal.

O trabalho de autoria de Fábio André Guaragni e Douglas Rodrigues da Silva, sob o título "AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O APROVEITAMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL", aborda a (i)licitude da prova oriunda de apreensão e monitoramento de equipamentos e meios eletrônicos disponibilizados pela empresa aos empregados, no curso de investigações internas decorrentes de programas de compliance, apontando alguns limites de aproveitamento da prova.

Já o trabalho "COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A GARANTIA DO DIREITO À VIDA E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO", da lavra de Enrique Omar Rocha Silva Rocha e Marcelo Nunes Apolinário,

analisa, a partir da garantia fundamental do direito à vida, a (in)constitucionalidade da descriminalização do aborto e, consequentemente, interrupção da gravidez, como verdadeiro método contraceptivo, nos três primeiros meses da gravidez, com fundamento na liberdade individual e autonomia da vontade da gestante para decidir livremente sobre a maternidade, tendo como paradigma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 124.306 do Estado do Rio de Janeiro.

Em "EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS", Rafael Fecury Nogueira e Willibald Quintanilha Bibas Netto debruçam-se sobre a evolução histórica verificada no Brasil sobre as leis de abuso de autoridade. A pesquisa busca avaliar se a disciplina brasileira do abuso de autoridade tem evoluído ou não na proteção contra tal prática.

Airto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva apresentam um estudo teórico-empírico da prisão preventiva como garantia da ordem pública nas cinco Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir da análise de 605 acórdãos julgados entre 2019 e 2020, nos quais se decretou ou se manteve a medida, análise que permitiu aos autores concluir que as prisões são animadas por critérios extralegais, tais como o merecimento, a suposta periculosidade do sujeito ou para credibilidade da justiça. O texto recebeu o título "GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA".

O trabalho "GARANTISMO E A REGULAÇÃO DOS PODERES: ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO", de Melina de Albuquerque Wilasco, revisita conceitos cunhados pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli a fim de verificar como o constitucionalismo garantista pode colaborar com o debate acerca da crise do sistema carcerário.

Em "LIMITES À CENSURA MORAL E UMA DEFESA DA CULPABILIDADE PELO FATO COMO GUIA AO JULGADOR NA DOSIMETRIA DA PENA", Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque analisam a incompatibilidade de valorações de natureza subjetiva, amparadas em padrões idealizados de comportamento, com princípios constitucionais, buscando contribuir para o aperfeiçoamento do processo de definição da pena.

Sob o título "O ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REVOGAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIAS NAS ADCS 43, 44 E 54, A VONTADE DO POVO OU DA VONTADE DO JUIZ", Wesley Andrade Soares investiga

em que medida há ativismo judicial e/ou mutação constitucional que intente pela prisão em segunda instância, perquirindo sobre uma possível sobreposição entre ativismo judicial e mutação constitucional que seria responsável por impulsionar a legalidade de uma execução antecipada da pena.

Por fim, no texto intitulado "O BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA PENA NO TRÁFICO DE DROGAS E A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO", Felipe Braga de Oliveira e Luciana de Souza Breves analisam a aplicação jurídico-penal do tráfico privilegiado sobre fatos pregressos à Lei n.º 11.343/06, mormente aos casos regidos pela Lei n.º 6.346/76. Os autores investigam a possibilidade da conjugação de leis no tempo, isto é, lei revogada, naquilo que é mais benéfica, com as benesses da norma de regência, mostrando finalmente o atual entendimento das Cortes acerca da combinação de leis.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, são os votos dos organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PARCIALIDADE DO POLICIAL MILITAR COMO TESTEMUNHA NO MEIO PROBATÓRIO: UMA LEITURA CRIMINOLÓGICA NECESSÁRIA AO PROCESSO.

THE MILITARY POLICE PARTIALITY WHEN WITNESS: A CRIMINOLOGICAL STUDY TO THE PROCESS.

Lara Castelo Branco Monteiro Benevides [1]

Resumo

Sob a perspectiva garantista, enfrentar-se-á o testemunho do policial militar, como meio de prova, analisando sua inoportunidade pelas lições criminológicas aplicadas ao processo penal. O Código de Processo Penal é abrangente neste ponto, mas, para além de um enfrentamento meramente legalista, é preciso observar que se trata de tema interdisciplinar. Através de conceitos iniciais necessários, observar-se-á a legislação. Conhecendo o diálogo da anuência (ou não) de tal depoimento, parte-se para argumentação criminológica para demonstrar que, por vezes, a admissão do testemunho contamina princípios basilares; direcionando-se, especificamente, ao contraditório. É o encontro com as consequências desse caminho que motiva o estudo.

Palavras-chave: Polícia, Provas, Criminologia, Contraditório, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The testimony of the military police will be faced, as a means of proof, analyzing his inopportunity due to the criminological lessons applied to the criminal process. The Penal Legislation is big on this point, but it must be noted that this is an interdisciplinary issue. Through necessary initial concepts, legislation will be observed. From the dialogue of the consent (or not) of such testimony, will proceed to criminological argumentation to demonstrate that, sometimes, the admission of testimony contaminates basic principles; addressing, specifically, the contradictory. It's the count with the consequences of this path that motivates the study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Police, Evidences, Criminology, Contradictory, Democracy

---

[1] Mestranda em Direito Processual.

1. INTRODUÇÃO

Interessa partir da premissa histórica de que a atividade policial é antagônica aos Direitos Humanos. Não é, contudo, a missão constitucional da segurança pública no Estado Democrático de Direito.

Antecipando-se que a pesquisa direciona respeito e não pretende generalizações, afirma-se que, em vez de instituição mantenedora da paz social, por vezes, vislumbra-se verdadeiro conteúdo estimulador de conflitos.

A regra exposta no Código de Processo Penal (CPP) é a de que toda pessoa pode ser testemunha (art. 202). Portanto, representando expressão abrangente, a testemunha pode ser qualquer pessoa que presta em juízo seu depoimento sobre o delito que conheça. Nos artigos seguintes o CPP expõe ressalvas, mas sem excetuar o policial militar, o que há muito vem sendo debatido.

O contexto a seguir explanará que muitas distorções ocorrem durante um processo, e dentre outros motivos, pode-se afirmar que elas decorrem dos processos de criminalização.

É preciso enfrentar o que se chama de *policização*, para buscar, através da análise da execução de comportamentos reiteradamente equivocados, algumas explicações. Não se esgotará o debate sobre as vicissitudes que integram o olhar criminológico, mas, em alguma medida, expor a intersecção de elementos que possam contribuir com a intersecção multifacetada que se apresenta na observação da (in)justiça social.

Em verdade, *justiça* é um vocábulo polissêmico; e raiz impulsora de significativas discussões.

2. EMBASAMENTO SOBRE PRINCÍPIOS E PROVAS ATINENTES

A despeito de expressivo arcabouço principiológico que envolve o processo penal, naturalmente regido pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), interessa direcionar olhar preciso para o que dialoga com o tema em questão.

Contudo, a fim de não ignorar base fundamental, enumera-se os principais que regem o processo penal e sua execução; a saber: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, *non bis in idem*, publicidade, imparcialidade, humanidade, legalidade, não discriminação, alteridade, intervenção mínima, culpabilidade, lesividade, intranscendência, não culpabilidade e proporcionalidade.

Respeitando a base normativa e os princípios decorrentes existe a *prova* no processo. O CPP admite a prova testemunhal, sem elencar nenhuma proibição direta aos agentes públicos de segurança, a medida que enuncia que *toda pessoa poderá ser testemunha* (referido art. 202).

É cristalino que a simples condição de policial não é suficiente para anular uma sentença baseada em seu depoimento. Todavia, é igualmente intuitivo perceber que não é um depoimento imparcial. Difere de se exigir a neutralidade; vez que é natural sua inexistência nesse contexto.

> Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na "neutralidade" e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito – objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita "razão". (LOPES JR., 2016) (grifo nosso)

Aqui, considera-se o inconsciente. Fechar-nos-emos aos ideais criminológicos, na certeza de que muito ainda se pode conjugar o tema com as lições da neurociência e da psicologia comportamental.

2.1. Controvérsia entre a natural posição antagônica do policial *versus* a presunção de legitimidade dos atos administrativos

É verdade que o mesmo movimento que limita a atuação do poder punitivo estatal é aquele que o legitima (CACICEDO, 2019).

A contenda existe em virtude das posições contrárias. De um lado, há diversos motivos de reservas ao depoimento prestado por esses agentes. Do outro, sabe-se que são dotados de fé pública, que gera autenticidade.

As discussões iniciaram, sobretudo, pelas polêmicas entre as instâncias de poder, principalmente entre as polícias e o Poder Judiciário. Oxigenou-se em 2012, quando o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) recomendou a extinção da Polícia Militar enquanto instituição, e, por consequência, a adoção da polícia civil exercendo as atividades anteriormente atribuídas àquela. À época, o governo federal respondeu as recomendações direcionadas, recusando, contudo, o cumprimento da desmilitarização da polícia.

De fato, se um policial executa determinada prisão, intui-se que o raciocínio será de buscar justificativas que legitimem a legalidade do ato. A depender da situação em que se

deu, pode ocorrer, inclusive, a adoção de postura de represália – agravando o depoimento que já se transvestia de parcialidade, pois o êxito de seu testemunho significa o prejuízo do investigado/acusado.

Pesa-se tal ponto de vista quando os dados comunicam:

> (…) à possibilidade/validade de sopesamento de prova testemunhal consistente nas declarações de policiais no momento da sentença de mérito do juízo criminal. (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) (CUNHA, 2017)

Por outro lado, há maior número no sentido oposto – não à toa esta é a predominante. Argui-se que, uma vez participado ativamente da diligência, é a pessoa mais preparada para prestar o depoimento. Sobretudo quando se pensa nos crimes em que as provas são mais residuais, como, a título de exemplo, uma das condutas expostas no tipo penal do tráfico de drogas, ou mesmo os crimes sexuais. Ambos possuem outras provas materiais, mas todas são passíveis de alteração. Além de outros crimes que, mesmo havendo outras pessoas para testemunhar, recusam-se por motivos diversos.

Outro argumento neste sentido é o de que se o Estado estipula regras de ingresso na carreira através de concurso público, habilita-o; então negar-lhe tal credibilidade seria desarrazoado.

Não se pretende discordar de que o fato de, isoladamente, ser policial não justifica, mas é preciso ter em mente que para ele é preciso maiores balizas na fidedignidade conferida.

É unânime que, dentre as características dos atos administrativos está a presunção de legitimidade, que a diferencia dos atos praticados pelos particulares. Quer dizer, parte-se do pressuposto que o ato praticado pelo agente público respeita as normais legais. Por isso chama “presunção’, decorrente de caráter relativo. Simbolizando os diversos juristas que seguem nesse sentido, tais como André Estefam e Edilson Mougenot Bonfim. Cita-se Di Pietro (2017)

> 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.

Por último, igualmente simbolizando, agora no entendimento dos tribunais:

> Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes – 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus. 3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que *o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso* (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA. Súmula 568 (HC 393.516/MG, j. 20/06/2017).

O presente estudo valoriza os dados anualmente atualizados de opressões e violências desmedidas e endêmicas cometidas por policiais militares. Com o respeito que a instituição merece, e com a empatia de se reconhecer que representam a “linha de frente”, existe significativo número de policiais que excedem – seja pelo constrangimento ilegal, seja pelo abuso de direito – no seu labor.

Desse modo, no caso do policial ser a única testemunha, é natural que se considere seu depoimento (e recorrente, vez que nos documentos oficiais é comum o mesmo nome constar em “condutor” e “testemunha”), mas sem muito esforço se imagina que será mera reiteração daquilo que já apresentou outrora.

Sem olvidar das violências instigadoras de confissão; presente até hoje, inclusive direcionando-se a adolescentes, e das condutas de torpeza, como implantar provas e forjar situações delituosas que legitimem os flagrantes.

Nesse jaez, a pesquisa considera inoportuno o testemunho do policial militar como meio de prova.

3. O DIREITO PENAL SUBTERRÂNEO E A SELETIVIDADE POLICIZANTE

Tratando de debate essencialmente interdisciplinar, vez que enraíza na política criminal, suceder-se-á eventuais conceitos para melhor compreensão. Inicialmente, parte-se da reflexão que o direito penal brasileiro representa mecanismo altamente seletivo e

reafirmador histórico de repressões policiais; que ocorrem, em verdade, com a participação de diversos operadores que integram o sistema penal.

Assim, interessa comentar que, de acordo com o professor Zaffaroni, e parafraseado por diversos juristas, o sistema penal subterrâneo compreende a atividade realizada pelas agências executivas de controle (sobretudo Polícias e Ministério Público) às margens da lei e de forma arbitrária, contrariando toda a ideia do garantismo penal, ensinada pelo professor Luigi Ferrajoli; que, em consonância com a Constituição, é dizer "*decisão política voltada a limitação de abusos aos direitos e garantias individuais e construção de uma sociedade solidária, fundada na dignidade da pessoa humana"* (EROUD, INCOTT JUNIOR, TAPOROSKY FILHO, 2017).

O direito penal subterrâneo institucionaliza a pena de morte, desaparecimentos, torturas *etc*.

> Além disso, por não investigar concretamente a real capacidade de garantia do cidadão em face do Estado, resta incompatível com a realidade, especialmente nos países da periferia do capitalismo, a ideia de que o direito penal é uma garantia do cidadão para que o Estado não se utilize de punições e procedimentos não previstos em lei. É o caso do chamado sistema penal subterrâneo. (CACICEDO, 2019)

Partindo do direito penal subterrâneo, avança-se para os demais conceitos para compreender o ponto que cega o direito. "*Mas tanto a exploração quanto a opressão se inserem numa relação de reciprocidade entre as pessoas ou grupos sociais, isto é numa relação onde os sujeitos guardam correspondência, ainda que de forma assimétrica*" (CUNHA, 2020, p. 06).

Superficialmente, vez que se trata de outra teoria do ramo, mas que, por se comunicar em grande medida com o tema, importa trazer o *labeling approach* (em um resumo, representa a teoria do etiquetamento) como ponte necessária para o que se pretende demonstrar.

Cuida-se de, literalmente, etiquetar. Tecnicamente, estigmatizar. Dentro do processo de criminalização secundária (a primária representa o movimento legislativo, na criação de normas), que compreende a atuação das agências oficiais de controle social sobre a pessoa, que, em virtude da sua operação/condução, chancela-a, formalmente como delinquente. É nesta perspectiva que habita o problema que o estudo vislumbra e pretende discorrer.

Comunicar essa corrente com a vitimologia e com a cifra negra atinge-se o ponto ideal. Aquela se desenha no momento em que o investigado/acusado sofre a repressão

policial. Vivenciar o tratamento nas instâncias oficiais, não receber amparo judicial, e revitimizar-se na sociedade, quando ocorre o desemprego consequencial e os preconceitos de toda ordem. Então, se esta pessoa não era culpada, ou não se via como tal (na ocasião da presença de justificantes), passa a entender que, de fato, ela é subversiva, merecedora do movimento punitivo.

Ocorre que dificilmente esta pessoa relata a opressão/violência. A sequência, portanto, é: opressão policial (compreendida no excesso da abordagem devida); vitimização; temor de represália. Dentre outros problemas, surge a mencionada cifra negra, que corresponde os crimes que não são levados aos dados oficiais (nesse contexto, a violência policial). Tudo isso ocasiona a diferença quantitativa entre a criminalidade real (crimes efetivamente ocorridos) da criminalidade revelada (crimes que, além de efetivamente ocorridos, são conduzidos ao conhecimento do Estado), e, por último, da cifra negra, que, conforme esclarecido, é *o número de delitos que por alguma razão não são levados ao conhecimento das autoridades, contribuindo para uma estatística divorciada da realidade fenomênica* (PENTEADO FILHO, 2012).

Por essas reflexões, é latente o sistema *conservador e moralista para o público e justificador (racionalizador) internamente* (ZAFFARONI *et al*., 2011). Além do estereótipo policial, impregnado de racismo, existem ainda os preconceitos de classe e outros deploráveis sentimentos quanto às pessoas que compõem o estereótipo criminal (ZAFFARONI *et al*., 2011).

Nessa crescente conceituação de arcabouço criminológico, chega-se ao último argumento científico para tanto: a seletividade policizante. Por diversas razões, bem representadas pela desigualdade social, o trabalho policial assimila, institucionalmente, a postura violadora dos direitos humanos.

É dizer: cuida-se de *processo de seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais* (ZAFFARONI *et al.* (2011).

Na tentativa de conjugar didaticamente tantos conceitos, traz-se o mesmo autor para explicar que são processos de seleção e estigmatização gerados pela incidência do poder punitivo. Este não fica apenas na esfera da pessoa criminalizada (seleção criminalizante), mas também em face das vítimas (seleção vitimizante) e dos policiais (seleção policizante).

> Se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados

> nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma autodestruição ZAFFARONI, et al. 2011)

Noutras palavras, a seletividade policizante demonstra a ocupação dos cargos policiais por pessoas das classes mais reprimidas, em movimento contrário ao que intuitivamente se poderia pressupor. Assim, saem das camadas sociais que, paradoxalmente, são as mesmas a quem essas pessoas exercerão a violência.

Por fim, conjugando o garantismo com a seletividade mencionada:

> Os limites do garantismo penal ficam evidenciados com a demonstração do caráter estrutural do funcionamento do sistema penal, que lhe emprega, a partir de uma análise crítica, o caráter essencialmente injusto e ilegítimo. Mesmo que em um plano ideal se observem todas as garantias do direito penal em um Estado Democrático de Direito, sua manifestação se dará de maneira arbitrária, não porque as regras são violadas, mas porque dentro das regras do jogo o direito penal se manifesta de forma seletiva, não cumpre suas funções declaradas e tem como resultado a reprodução das condições sociais vigentes. Mesmo com a aplicação regular das normas jurídicas de garantia em face do arbítrio estatal, o direito penal será arbitrário e reproduzirá a desigualdade social e o racismo. (CACICEDO, 2019) (grifo nosso)

Direito Penal precisa ser adequado e limitado, para não ser tirano. Suas sequelas sociais são graves, seja na falta da criminalização ou no seu excesso.

4. PARCIALIDADE COMO CAUSA E A VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO COMO CONSEQUÊNCIA

Considerando todos os pontos levantados, é possível perceber as máculas ao processo.

Compensa destacar, na oportunidade do debate do contraditório, que muito se fala da ampla defesa como uma soma da autodefesa e da defesa técnica. Desse modo, não resta dúvida que a autodefesa manchada pelo temor, a defesa técnica limitada pelo depoimento incompleto, ou não absolutamente verdadeiro, são demonstrações meramente exemplificativas de uma régua processual que nasce (em sede de investigação policial) e se desenvolve (durante a instrução probatória) de forma viciada, conduzindo-se, fatalmente, à ineficácia do processo.

Ademais, percebe-se o garantismo constantemente ferido; a prova produzida de forma parcial pelo policial militar (parcialidade consequente, além do próprio ofício, da

estigmatização social, do direito penal subterrâneo e da policização); e o momento em que ela é analisada no processo.

A instrução possuirá este testemunho. Pelo olhar de Martins (2010), formar-se-á a convicção do julgador:

> Toda convicção é uma fuga para a frente desejosa de atingir a adesão, senão a confiança. É a crença que trabalha esse desejo. Recorde-se que a convicção possui, a par de uma dimensão cognitiva, uma dimensão afetiva. É menos trabalhada, é verdade; mas é de sua responsabilidade que uma vontade de adesão pareça instalar-se sempre no horizonte da convicção. (Grifo nosso)

O mesmo autor explica que a convicção gera expectativa, e essa cria a evidência "*correspondendo a uma contaminação da prova vinda de fora pra dentro daquela putativa fronteira jurídica*".

> Num sistema marcado pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa/argumentação, a evidência deve ser evitada ao máximo, cabendo exatamente à prova a função de trabalhar a verdade de modo não alucinatório, promovendo um efeito corretivo sobre qualquer evidência que pretenda imiscuir no processo. (MARDEN, 2015.)

O perigo está formado. Toda essa sequência de ideologias equivocadas, de importação de estigma, forma um lastro probatório equivocado. Quem o conduz, o policial, no caso, acredita (*crença*, pela doutrina do jurista português citado). Se não houver outras investigações, ou maior tempo de maturação da única prova – testemunho –, estará construída a *convicção* ("livre") do juiz.

> O começo do próprio saber só é possível se se quebrar o enfeitiçamento e o equívoco permanente de um mundo onde toda a aparição é dissimulação possível, onde falta o início. A palavra introduz um princípio nesta anarquia. A palavra desenfeitiça porque, nela, o ser falante garante a sua aparição e socorre-se, assiste à sua própria manifestação. O seu ser cumpre-se nesta assistência. A palavra que já desponta no rosto que me ver olhar introduz a franqueza primeira da revelação. Em relação a ela, o mundo orienta-se, isto é, ganha uma significação. (LÉVINAS, 2008)

O autor português em comento (MARTINS, 2010) explica em sua obra o "ponto cego", mas na perspectiva do direito, sendo aquilo que foge do campo de visão humano, sobretudo quando se considera estar no controle das situações, se torna cristalina a ideia de que existe um hiato entre o que se pretende provar e o que efetivamente é. E, se não houver

adequada e devida maturação das provas, é possível que algo seja despercebido; logo não visto, e por isso: cego.

Conforme interpreta Marden (2015), a decisão do juiz não advém de qualquer maneira, mas é resultado de uma sequência: *crença → dúvida → assentimento → confiança → aceitação → convicção → decisão → justificação*.

É correto apontar, conforme se depreende de Martins (2010), que o processo penal existe para garantir uma descoincidência temporal entre dois lados. De um lado, a evidência, representando uma espécie de conhecimento suportado, imediato, rápido. Do outro, a prova. Esta precisa de tempo necessário para criar solidez. É então que se comunica a prova (processo), com o contraditório (processo e democracia), com complexidade (processo, democracia e criminologia).

Em que pese abstração do tema acima, é necessário para a interpretação mais sofisticada do todo. Assim, pode-se avançar compreendendo que o processo pela tradicional doutrina Fazzalariana (2006), é, em resumo, ter o processo como procedimento em contraditório. Por óbvio, com o sofisticado avanço da teoria do processo, depreende-se que *contraditório*, para além de ser a participação no processo, correspondendo verdadeira defesa, cuida-se de ser a capacidade de influenciar o destinatário da prova.

É, sem dúvida, sequência ordenada de normas, atos e posições subjetivas, através da qual a norma antecedente (considerada em alguma medida como lícita e/ou devida) que desencadeia outra, contraposta, que representará verdadeiro pressuposto, culminando, ao final, no ato conclusivo. Entretanto, mais que isso, essa doutrina demonstra que é preciso possuir a habilidade de participar do ato final, oportunizando o mesmo para a parte ré, de modo "*que o autor não possa obliterar as suas atividad*es". Se ambos recebem seus efeitos, é justo que aos dois lados seja direcionada a atuação, o que configura o diálogo entre o processo e a democracia.

Dessa forma, afirmar a estrutura de "processo em contraditório" significa a participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória. Ademais, o contraditório tem, a título de objeto, questões processuais e meritórias, sendo, necessariamente, controversas.

Nesse deslinde, enuncia-se o que o autor chama de "simétrica paridade", que ocorre quando a posição do(a) autor(a) do ato final e a posição do(a) interessado(a) colocado(a) em contraditório continua a se diferenciar, ainda que pertençam à mesma pessoa.

De um lado, a parte afetada pelo provimento, do outro, seu contraditor, havendo por objetivo a busca de ato de provimento final.

Por isso toda a digressão realizada. Se a mácula subsiste, cria crença, que gera convicções equivocadas, não amadurecidas, e capazes de conduzir à decisão injusta. Diante do cenário narrado, o contraditório fica ferido pela incapacidade de defesa, de convencer, de alterar a sorte.

A adoção de um modelo constitucional de processo que tem fundamento em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para entender *as garantias do processo o princípio do contraditório, o da ampla defesa, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial* (BARROS, 2009).

Nessa perspectiva do contraditório como capaz de convencimento, a mesma autora é clara:

> Assim, tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento. Assim, o contraditório tem como principal influência, no sentido de que as partes têm de influir argumentativamente nas decisões do processo.

Se o acusado não tem capacidade de influenciar na decisão, não há efetivo contraditório; não há *processo adequado*.

Por tudo: *a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é o princípio da influência e da não-surpresa* (BARROS, 2009).

Percebe-se, pois, que, mais que dialogar o direito penal com o constitucional em busca de se analisar a garantia do direito posto, é fundamental sua análise no processo, pois a forma pode conduzir à falhas substancias.

Oportunamente, a Escola Instrumentalista do Processo entende que o Estado traz em si o dever de realizar a pacificação social. Quer dizer, Dinamarco (2008) ensinou que *a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social*. De fato, as insatisfações são a razão da atividade jurídica.

> Pelo caminhar até então, espera-se haver suficiente demonstração de que a sequência de vícios afastaram o processo do seu desígnio.
> Se o resultado do processo se afastou dos desígnios do direito substancial, nada de mau ou muito significativo reside nisso, desde que o escopo social de pacificação haja sido atingido; melhor ainda, se foi feita a pacificação com justiça. (DINAMARCO, 2009)

Resumidamente, Dinamarco (2009) elucida que a inevitável influência que o proceder dos litigantes pode exercer sobre o processo e seu resultado constitui reflexo do valor social do conflito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal leva em consideração o modelo constitucional do processo. Todavia, possui especificidades que o torna um microssistema com garantias constitucionais próprias e tratamento diferente dos demais processos (a exemplo do processo civil), justamente em decorrência dos direitos fundamentais que visa garantir, notadamente a liberdade dos cidadãos (BARROS, 2009).

O processo é uma metodologia de efetivação de direitos fundamentais. Ou seja, ele não serve apenas como instrumento para a concretização de um intento, mas também como técnica de alcance dos direitos fundamentais. Assim, o processo possui natureza de direito fundamental.

Não é possível existir um "relativamente" desconforme aos princípios constitucionais garantidores do processo, conforme ensina Barros (2009). Soma-se que "*a moral começa quando a liberdade, em vez de se justificar por si própria, se sente arbitrária e violenta*" (LÉVINAS, 2008).

A interdisciplinariedade consegue alcançar, em maior medida, as irradiações que os pontos espinhosos geram. Isso porque é natural a comunicação entre o direito constitucional e o direito penal; intuitiva a deste com seu respectivo processo. Entretanto, a sugestão trazida na reflexão apresentada é a da influência direta dos vieses da criminologia como forma de compreender como a falha na garantia dos direitos, por vezes, desenha o contexto que há muito se debate.

O processo que falha no contraditório, ou o contraditório sem a paridade das armas, não é democrático.

Espera-se que preceito legal tão objetivo não resguarde, às sombras, uma forma de prosseguir um vício no processo. O policial militar, além dos problemas típicos da profissão, trazem a falibilidade humana (potencialmente comprometida), o que demonstra a necessária ressalva à sua consideração como meio probatório.

Um processo baseado na produção de provas e na argumentação das partes (MARTINS, 2010) privilegia um sistema comprometido com um perfil democrático-constitucional (MARDEN, 2015).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES. Rogério B. MOREIRA, T. M. Q. **Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal**. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 25, nº 1, p. 97-135. 2019. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/1807-0191201925197]

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(RE)forma do Processo Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: DelRey Editora: 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e Direito Penal** / São Paulo : P. L. Cacicedo, 2019.

CAPPELLETI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução e Revisão de Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CUNHA, José Ricardo Pereira. **A Ética Levinasiana em Totalidade e Infinito na Perspectiva do Sujeito da Injustiça Social**. Política, direito e ecologia. [http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/8p5kv98g/i8rdp90z/oper1H83X8692f56.pdf]; Organização IV Seminário Internacional Emmanuel Levinas – Belo Horizonte: 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **O testemunho de policiais no processo penal.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/08/21/o-testemunho-de-policiais-no-processo-penal/> 21 de ago. de 2017. Acesso em: 24.06.20.

DIDIER Jr., FREDIE; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – Execução**. 7 ed. rev. atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. - Malheiro Editores: 2008.

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

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução por Elaine Nassif. 8. Ed. Campinas: Bookseller, 2006.

EROUD, Aicha de Andrade Quintero; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. **O garantismo penal sob a ótima do estado democrático e constitucional de direito – inadequações do sistema penal**. In: Revista Aporia Jurídica (*on-line*). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESGAGE. 8ª ed. Vol. 1 (jul/dez-2017). p. 156-169

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 4. ed. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação.** Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: MIT Edições Loyola, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual** / Curitiba: Juruá, 2015

MARTINS. Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito - *The Brazilian Lessons* -** 3ª Ed. Atlas Jurídico Profissional: 2010.

MENDES. Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. São Paulo: Elsevier Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, T. M. Q. "**Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal**". *Opinião Pública*, Campinas, vol. 25, nº 1, p. 2019. [http://dx.doi.org/10.1590/1807-01912017233647]

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

Penteado Filho, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia.** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal. Teoria Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODOTÁ, Stefano. **El Derecho a Tener Derechos**. *Colección Estructuras y Procesos*. Serie Derecho. Bologna – Italia. Trotta: 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiç**a. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional** / Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al*. **Direito Penal Brasileiro** – I. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Editora Revan. ed. 5, 2001.