I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-085-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

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

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado "A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA" aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo "O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO".

Por sua vez, o artigo "O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE", de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o sugimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – "PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS" – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconcepções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em "OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA", Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie "Olhos que condenam", analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo "O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO", de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – "O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS" - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

"O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA", de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado "DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER", Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

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, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

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

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I 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 8.1 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.

VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO

IMPROVABLE TRUTHS: DISTORTIONS OF CRIMINAL IMPUTATION IN HOMICIDE BY POLICE ON DUTY

Diogo José da Silva Flora [1]

Resumo

Os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis. A hipótese é testada nos casos de resistência seguida de morte que chegaram às Varas Criminais do Rio de Janeiro. Analisamos como é construída a acusação de resistência e como é legitimado o homicídio praticado pelo policial supostamente em legítima defesa.

Palavras-chave: Processo penal, Prova e verdade, Autos de resistência, Controles epistêmicos, Violência estatal

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial proceedings initiated by the communication of the crime of homicide resulting from police intervention, popularly called acts of resistance, demonstrate a peculiar type of imputation, particularly fragile and without mechanisms for the control of judicial errors, attributable to a distribution of criminal responsibilities incompatible with the verifiable facts. The hypothesis is tested in cases of resistance followed by death that reached the Criminal Courts of Rio de Janeiro. We analyze how the resistance accusation is constructed and how the homicide committed by the police officer allegedly in self-defense is legitimized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal proceedings, Proof and truth, Resistance acts, Epistemic controls, State violence

---

[1] Advogado e doutorando em direito penal na UERJ.

1. INTRODUÇÃO

Nesta investigação, buscaremos identificar algumas características observadas na (não) imputação de responsabilidades penais aos agentes públicos quando praticam condutas, no exercício profissional da autoridade estatal, cujo resultado é a morte de uma pessoa. Essas mortes, quando analisadas em seu conjunto, possuem elementos que parecem indicar um modo de atuação permanente e planejado, que vem ganhando vulto nos últimos anos.[1] Em contrapartida, quando focamos nos casos individuais, percebemos um controle frouxo sob os riscos produzidos no exercício da atividade policial, seja internamente, seja externamente, através do Ministério Público ou do Poder Judiciário.[2] A escala de violência estatal conjugada com uma avaliação pouco rigorosa dos indícios fáticos dos homicídios decorrentes de intervenção policial, apresenta-nos um cenário autoritário de uso da força pelo Estado.

A sequência de condutas relevantes para nossa análise são aquelas geralmente descritas como resistências seguidas de morte durante operações policiais em favelas, também conhecida no Brasil pelo longínquo termo "auto de resistência". Trata-se de um fenômeno sócio jurídico complexo, que envolve diversas condutas observadas no contexto da atividade policial, principalmente das polícias militares.[3] Juridicamente, auto de resistência é o nome do procedimento policial que inaugura um inquérito para apurar o crime de homicídio decorrente de suposta oposição à ação policial, comunicado ao delegado de polícia pelo executor do homicídio, e cujo teor integrará a imputação penal do Ministério Público. Por sua vez, o órgão ministerial deveria provocar o Poder Judiciário com um pedido de condenação por crime ou de arquivamento do inquérito policial, a depender de sua interpretação sobre os fatos apurados pela investigação preliminar, ocorrida na fase pré-processual e realizada pela polícia judiciária.

Para esse trabalho, interessa-nos apresentar quais são os indícios averiguados na fase pré-processual e qual o seu caráter probatório, de modo a delinear um crime de resistência. Para isso, será fundamental a análise das provas testemunhais que, conforme demonstraremos, cumprem um papel determinante para a legitimação das condutas do resistente e de quem age

---

[1] Segundo sistematização própria dos dados obtidos através do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, o número de autos de resistência vem apresentando forte tendência de alta a partir de 2014. Foram computadas 416 mortes em 2013; 584 em 2014; 645 em 2015; 925 em 2016; 1.127 em 2017; 1.534 em 2018; 1.814 em 2019, último ano com dados completos disponíveis. Um aumento de 436% no período. Disponível em: <http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

[2] Michel Misse (2011) constatou que, dos 510 autos de resistência no ano de 2005, apenas 3 deles foram a julgamento. Em investigação similar, a Anistia Internacional (2015) analisou os autos de resistência de 2011, concluindo que dos 220 registros, apenas 1 caso ingressou na esfera judicial.

[3] No Brasil, as polícias militares são responsáveis pelo policiamento ostensivo e estão em contato mais próximo com a comunidade. Esse fato parece ser relevante para o quadro de letalidade, pois são militares a grande maioria dos policiais que registram autos de resistência, assim como os que são fatalmente vitimados durante operações policiais.

de modo a vencer a resistência, e têm o condão de configurar ou não uma legítima defesa do policial que mata outrem em serviço.

A mesma conjuntura empírica poderia ter nos encorajado a aprofundar o estudo não na resistência dos opositores, mas na legítima defesa dos policiais. Nossa hipótese, entretanto, não permitiu seguir por esse caminho, mesmo que a legítima defesa esteja igualmente presente e possa ser legítima. Aqui, não buscamos avaliar a eficácia e os objetivos da política criminal que reitera um elevado nível de letalidade, tanto na polícia quanto na sua clientela. Nosso objetivo se reduz apenas às questões acerca da imputação penal nos casos de violência estatal, deixando outras considerações para uma oportunidade onde poderão ser melhor aprofundadas. A mesma facilidade com que a resistência é provada opera de forma diametralmente oposta na legítima defesa, criando dificuldades para sua negação. A escolha de uma em revés da outra é uma escolha política, pois entendemos que o homicídio tem uma consequência social mais grave que a resistência, seja pelo bem jurídico violado, seja para a manutenção do Estado de Direito.

Portanto, interessa-nos analisar como é construída a imputação da culpa no crime de resistência nos casos em que o resultado final é a morte do opositor. Há vasto material disponível no processamento desses casos, mas, pelo limitado espaço de análise e por sua centralidade no contexto empírico, elegemos para isso os inquéritos policiais e as decisões de arquivamento, quando já sob controle judicial.

Nos próximos capítulos, realizaremos uma análise da conjuntura histórica sobre a formação da culpa no Brasil, profundamente contaminada por práticas autoritárias. Em seguida, abordaremos os conceitos de prova e de verdade no processo penal para, na sequência, analisar o emprego desses conceitos nas hipóteses em que o Estado é réu. Ao final, trazemos nossas breves considerações sobre o tema.

2. ANTECEDENTES E ATUALIDADE SOBRE A FORMAÇÃO DA CULPA NO BRASIL

No início do século XIX, quando ainda recente a independência brasileira, a primeira Constituição foi o marco nacional da separação dos poderes políticos, garantindo o exercício independente da magistratura. A partir de uma lei de 15 de outubro de 1827, opera-se profunda modificação da estrutura judiciária e regulamenta-se a função do Juiz de Paz, de provimento eletivo e com ampla competência jurisdicional e policial. O objetivo foi a descentralização administrativa concebida pelos liberais, em prejuízos dos conservadores que apoiavam o trono de D. Pedro I e a burocracia lusitana que o aconselhava (RODYCZ, 2002). Depois da edição

do primeiro Código Penal, em 1830, coube aos juízes de paz a função de formação de culpa dos acusados de prática delituosa, conhecendo *ex officio* dos crimes e nomeando os delegados de quarteirão. No ano seguinte, passaram a acumular competência com os juízes criminais, processando os crimes até a pronúncia. Segundo Thomas Flory (1986, p. 90), "o juiz de paz representou uma tentativa de revitalizar a administração local, resgatando os poderes de três instituições portuguesas moribundas [os juízes ordinário, de vintena e o almotacé], reunindo-as nas mãos de um único magistrado, mais poderoso."

O primeiro código de processo penal brasileiro, datado de 1832, foi considerado como uma importante jogada política do grupo conservador, pois assegurou seus interesses durante uma conjuntura desfavorável, de abdicação do imperador. Previa os juízes de paz como pedra angular da judicatura imperial (FLORY, p. 179), tornando-os responsáveis, entre outras coisas, por lavrar auto de corpo de delito e formar a culpa dos delinquentes através do sumário de culpa (MISSE, 2010, p. 37). Na investigação que se prosseguia, sempre que uma testemunha era inquirida, o acusado possuía direito de contestá-la. No entanto, essa concentração de poder passou a ser alvo de críticas, pois implicava numa aplicação não uniforme da lei e não contribuiu para a melhoria da Justiça, que permaneceu lenta e incapaz de evitar a resolução privada violenta das controvérsias. Nas palavras de Wilson Rodycz (2002, pp. 24-25):

> O juiz de paz também ganhou a pecha de violador das leis. Em meados da década de 1830, a crise se centrou nos problemas da impunidade e da fraude eleitoral. Os juízes de paz eram acusados de não serem suficientemente enérgicos ao processar os delinqüentes, de dar carta branca aos seus correligionários, de perseguir os inimigos políticos, etc. A acusação de impunidade compreendia a proteção de atividades ilícitas, como a falsificação de moeda e o tráfico de escravos. Aos juízes de paz imputava-se cumplicidade com o tráfico negreiro, o recebimento de suborno para a concessão de licença para a extração ilegal de pau brasil, etc. Com isso, o governo era impotente para deter o tráfico, pois, embora seus funcionários efetuassem prisões de contraventores, os juízes de paz não formalizavam os processos. Nesses casos o juiz de paz funcionava como um instrumento dos interesses privados, que acomodava as leis impostas desde o exterior às necessidades locais.

Com o retorno do partido conservador ao poder ao final dos anos 1830, as instituições foram reformadas no sentido da centralização. A partir da reforma do processo penal de 1841, os juízes de paz perderam a jurisdição policial e tiveram grande parte de seus poderes reduzidos. A autoridade para formação de culpa foi dividida entre os juízes municipais, que assimilaram as suas atribuições, e os chefes de polícia e seus delegados. Através da competência para preparar o sumário de culpa, os delegados acumulam funções policiais e jurídico-criminais. Em pouco tempo, essa acumulação de poderes passou a estar sujeita ao controle do juiz municipal;

assim, quando um acusado fosse pronunciado (a pronúncia substituiu o sumário de culpa), o processo deveria ser remetido para o juiz para manutenção ou não da decisão.

Com a Lei n. 2.033, de 1871, a formação da culpa e a pronúncia passaram a ser atribuições exclusivas dos juízes de direito e dos juízes municipais, cabendo aos delegados proceder o inquérito policial (ALMEIDA JÚNIOR, 1960, p. 47), definido como o conjunto de diligências necessárias para o descobrimento de fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos autores e cúmplices, devendo de reduzido a instrumento escrito. O projeto de 1871 visava complementar o processo de transição gradual da escravidão para o trabalho assalariado, sendo sancionado apenas oito dias após a Lei do Ventre Livre. As elites precisaram estabilizar os riscos que essa transição representava, para o que se fazia necessário leis mais versáteis e agentes públicos menos comprometidos com as regras jurídicas, aumentando-se os poderes da polícia (KOERNER, 2010, p. 82 e ss.). Segundo Lenine Nequete (2010, pp. 83-86), a principal inovação da reforma foi o inquérito policial, que:

> [...] duplicou todo o processo de formação da culpa. Com o inquérito policial, a reforma de 1871 separou a justiça da polícia, sem estabelecer mecanismos de controle efetivo da primeira sobre a segunda. Ocorreu antes uma superposição das duas esferas, o que, na prática, resultou no afastamento do controle judicial efetivo da legalidade dos procedimentos policiais.

Com o código de processo penal de 1941, tanto o sumário de culpa quanto a pronúncia foram suprimidos, o que ratificava um inquérito policial de tipo puramente inquisitorial, sem participação ou defesa do acusado. Ao mesmo tempo, a ação penal se tornava privativa do Ministério Público, sendo o inquérito integralmente entranhado no processo judicial. Desse modo, o sistema de instrução criminal, no Brasil, é misto, pois possui uma fase preliminar de tipo inquisitorial e outra, de tipo acusatorial. Pode-se dizer, inclusive, que existe uma fase da instrução que antecede o controle judicial e localiza-se no âmbito da atividade policial. Segundo Paes (2010, p. 129):

> O inquérito policial é um procedimento escrito e elaborado com ótica inquisitorial, imperando o sigilo nas investigações e o não reconhecimento do direito de defesa. Sua finalização é feita a partir de um relatório encaminhado pelo delegado ao Ministério Público, com o indiciamento de um suspeito por ter cometido o crime, contribuindo para a formação da culpa. Na prática, o inquérito é um relatório juridicamente orientado, porque é utilizado como procedimento preparatório à persecução penal. O problema, no Brasil, é que o inquérito policial é usado como base para a apuração dos fatos e para a formação da culpa e, apesar de ser útil para o Judiciário, porque recolhe elementos que podem servir como prova, os inquéritos são reconhecidos como

> instrumento de apuração puramente administrativos, podendo ser reproduzidos na fase judicial.

Nos sistemas criminais modernos, inclusive no brasileiro, a persecução penal é precedida por uma fase preliminar ou preparatória, destinada a apurar existência e autoria da violação da conduta proibida por lei. No atual estágio do instituto da formação de culpa no Brasil, o órgão responsável por receber as comunicações de crime[4] e realizar as investigações é a polícia judiciária, de funcionamento civil. Assim, o inquérito policial é a fase inicial da instrução criminal e opera exclusivamente na fase pré-processual. Após sua conclusão e despacho do delegado de polícia, é remetido para um promotor de justiça membro do Ministério Público. Desse modo, quando o inquérito chega ao titular da ação penal, ele ainda não possui o condão de provocar uma condenação. É o promotor de justiça quem vai analisar o teor das investigações e decidir por provocar o poder judiciário, através da denúncia, em busca de uma condenação criminal.

Com o oferecimento da denúncia, nome da petição inicial da ação penal, finaliza-se a fase inquisitorial do processo, ingressando na arena judiciária com a acusação formal de prática de conduta penalmente relevante e devidamente individualizada. Narram-se os fatos pelos quais alguém foi acusado, buscando estabelecer os nexos entre as ações praticadas e os tipos penais, de forma a obter a aplicação da lei penal. Em outras palavras, busca-se um exercício lógico para se obter uma verdade possível sobre o que de fato ocorreu, com objetivo de distribuir responsabilidades penais com base no que pode ser considerado como provado.

3. PROVA E VERDADE

Há duas maneiras de estabelecer a relação entre prova e verdade. A primeira e mais clássica, sustenta uma aproximação entre os conceitos, sendo o conhecimento da verdade uma condição necessária, embora não suficiente, para afirmar que uma proposição está provada[5]. A

[4] A comunicação de crime ocorre com a lavra de um registro de ocorrência identificado com um número de protocolo, onde são coletadas as informações iniciais trazidas pelo comunicante, que pode ser qualquer pessoa. A ordem legal é no sentido de que toda comunicação de crime deve dar origem a uma investigação para apurar os fatos, que finalizada na forma do inquérito policial, é remetida ao Ministério Público para persecução criminal. No entanto, a prática da atividade policial criou um novo instituto, não regulado por lei, conhecido como verificação preliminar de inquérito. Essa verificação abre a possibilidade das comunicações de crime não serem remetidas ao titular da ação penal, sendo arquivadas na própria repartição policial. Esse recurso é geralmente utilizado, à critério do delegado de polícia, nos casos em que supostamente as informações iniciais são deficientes ou inconclusas. Sendo verificado indícios suficientes, a autoridade policial transforma o VPI em um inquérito propriamente dito, dando sequência aos procedimentos de praxe do sistema criminal.

[5] Em outras palavras, exige-se a verdade sobre a proposição e a existência de elementos de juízo suficientes que demonstrem isso. Tese de Jeremy Bentham, 1907.

segunda e mais crítica, considera a verdade o objetivo final da atividade probatória e, portanto, sua relação é teleológica[6]. Apesar de sutil a diferença, as consequências dos pontos de vistas são radicalmente diversas: enquanto a visão clássica supõe a vinculação entre prova e verdade como resultado, a visão crítica estabelece uma relação entre prova e verdade como atividade probatória.

No âmbito do processo judicial existem especificidades que distanciam o conceito de "prova judicial" daquele mais genérico de "prova", usado pela ciência em geral. A prova judicial interessa especialmente ao Direito. Isso ocorre porque o exercício da jurisdição implica em algumas limitações típicas, como a) o processo judicial, principalmente no que concerne ao lapso temporal em que são admitidas provas; b) a coisa julgada, que impede que os fatos enunciados objetos de prova sejam sucessivamente revisitados em diferentes juízos ou instâncias; e c) as regras sobre provas, que podem ser sobre a atividade probatória, os meios probatórios ou o resultado probatório.

Dada as limitações processuais e não processuais (como o interesse das partes, por exemplo) que interferem na determinação da verdade sobre os enunciados declarativos de fatos provados, ocorre que em algumas ocasiões se declaram provados enunciados falsos. Para resolver esse problema, ou se abandona a relação conceitual entre prova e verdade ou se sustenta que aqueles enunciados, na verdade, não estavam provados. Para afastar o problema, a doutrina alemã[7] postulou a distinção entre verdade material (objetiva, real) e verdade processual (formal, judicial). A primeira depende de uma correspondência entre os fatos enunciados e o mundo externo ao processo judicial, enquanto a segunda é aquela que se obtém como resultado da atividade probatória, que goza de autoridade jurídica, podendo coincidir ou não com a verdade material.

Posteriormente, grande parte da doutrina[8] insurgiu-se contra a distinção entre diferentes verdades, sustentando que só pode haver uma verdade e que a distinção é meramente metafórica, pois não supera o dilema posto: ou não se define a prova em termos de verdade dos enunciados ou se sustenta que é conceitualmente impossível provar um enunciado falso e, em ocorrendo, afirma-se que houve um erro e o enunciado não estava realmente provado. Não é pacífica, portanto, a delineação da solução, existindo múltiplas teses sobre a relação prova-verdade, das quais destacamos três principais.

---

[6] Ou seja, a finalidade das provas é atestar um enunciado sobre os fatos que idealmente seja verdadeiro. Nessa linha, Luigi Ferrajoli, 1989.

[7] Por exemplo, Von Canstein (1880); Wach (1881); e Bulow (1899). *Apud* FERRER BELTRÁN, 2005.

[8] Principalmente CANELUTTI, 1947 e MONTERO AROCA, 2000. Mas, a crítica se tornou majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência atuais.

Na primeira, da *prova como fixação dos fatos*, sustenta-se que a prova tem por finalidade a fixação formal dos fatos pelo juiz, independentemente da relação com o ocorrido. Percebe-se que não há muita discrepância entre essa tese e o conceito de verdade formal, pois ambas propõem uma desvinculação racional com a verdade dos fatos. Na segunda, da *prova como convicção do juiz acerca dos fatos*, a prova seria o conjunto de operações por meio das quais se obtém o convencimento do juiz sobre dados processuais determinados, tese majoritária. Assim, prova é um estado psicológico de convencimento do juiz sobre a veracidade de todos ou alguns fatos alegados pelas partes, o que, inadvertidamente, afasta o erro ao associar a verdade com um estado subjetivo psicológico do julgador. Na terceira tese, da *prova como certeza do juiz acerca dos fatos*, a prova é entendida como a atividade processual que deve alcançar a certeza do julgador sobre os dados alegados pelas partes. Não é clara, portanto, a diferença que se busca estabelecer entre convicção e certeza, pois ambas envolvem uma atitude subjetiva.

Essas três visões compartilham o mesmo problema, a noção de verdade formal dependente da decisão judicial, ou seja, nenhuma permite a aplicação de parâmetros externos para avaliar a correção das decisões judiciais. Por isso, sugerem uma concepção irracional da prova jurídica.

Há um caráter relacional entre os enunciados probatórios e os elementos de juízo (meios de prova) que habita o cerne dos conceitos de prova e verdade. Provar algo é postular a verdade sobre um enunciado. A verdade que se procura, aqui, não é aquela absoluta, conforme se verifica da experiência dos juristas e dos ordenamentos positivados. Trata-se de uma verdade que é provada, necessária e suficientemente, pelos elementos de juízo a seu favor e cuja falsidade, inclusive, pode vir a ser demonstrada posteriormente, com elementos que eram indisponíveis no momento em que tal verdade fora provada.

Esse raciocínio fica evidente quando pensamos na existência de diferentes *standards* de prova, que supõem uma gradação sobre a certeza de uma proposição. A questão que se coloca em seguida é como determinar que nível de exigência de certeza é suficiente para que se considere um fato como provado. Se observamos os sistemas jurídicos, não é difícil concluir que a experiência prática não opera com o vínculo conceitual entre prova e verdade. Como consequência, pode-se afirmar que no processo judicial não se provam os fatos em si mesmos, mas sim os enunciados formulados pelas partes acerca da existência de determinados fatos. Ainda mais, é absolutamente plausível que um enunciado fático seja juridicamente provado, embora seja falso, ou, ao revés, que não se consiga provar juridicamente um enunciado fático verdadeiro.

Verifica-se, com o até aqui exposto, que podem ser declarados provados enunciados falsos, assim como o contrário. Apesar disso, o Direito segue reconhecendo e conferindo autoridade a essas decisões judiciais. Para pacificar a questão, é necessário distinguir entre proposições "verdadeiras" e aquelas "tidas como verdadeiras"[9], sendo esta última a que melhor se coaduna com a prática judiciária. No primeiro caso, só seria possível duas conclusões sobre os enunciados dos fatos: serem verdadeiros ou serem falsos. No segundo caso, uma terceira interpretação intermediária se apresenta, aquela que não permite concluir pela verdade dos enunciados, embora não afirme sua falsidade.

É dessa forma que Jordi Ferrer Beltrán (2005, p. 74) apresenta a relação entre prova e verdade:

> A finalidade da prova como instituição jurídica é a de permitir alcançar o conhecimento acerca da verdade dos enunciados fáticos do caso. Quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição, então se pode considerar que a proposição está provada. Nesse caso, o juiz deve incorporá-la às suas razões decisórias e tê-la como verdadeira.

Desse modo, rascunhamos o que o Direito pode entender como verdade sobre os fatos e qual a importância desse conceito para aquilo que se quer provar. Devidamente distanciadas, embora em constante tensão, prova e verdade não podem ser utilizados como sinônimos. No entanto, o controle judicial das condutas exige alguma aproximação com a verdade dos fatos, que é alcançada segundo diferentes parâmetros de prova, sendo aquele utilizado para condenar penalmente o maior entre todos. Surge, então, a preocupação com a convicção probatória, que passamos a estudar.

4. CONVICÇÃO PROBATÓRIA QUANDO O ESTADO É RÉU

No direito penal, provar algo é a operação através da qual uma alegação pode ser considerada verdadeira ou, ainda, um mecanismo para estabelecer a convicção sobre um fato penalmente relevante, sobre cuja realidade e/ou sobre cujas particularidades existe alguma incerteza que deve ser dissipada (PERFECTO IBÁÑEZ, 2009, p. 27). É dessa forma que a necessidade de uma prova somente se explica pela existência anterior de uma dúvida e pela necessidade de se obter um saber correto sobre ela.

[9] Formulada de Jordi Ferrer Beltrán, essa noção ajuda a superar os problemas que levaram à adoção de termos como *verdade material* e *verdade formal*, sem que para isso seja necessário multiplicar os conceitos de verdade ou considerar que existam múltiplas verdade, um contorcionismo lógico pouco razoável.

Quando se trata de provar um crime, as consequências podem ser muito graves, geralmente acarretando privação de direitos. Por seu turno, administrar a prova e decidir sobre ela, confere poder; por esse motivo se tem buscado regras seguras a respeito da valoração da prova na esfera judicial, principalmente na esfera penal. Segundo o professor Massimo Nobili (1974, p. 6), no regime da prova legal, busca-se "um duplo objetivo: a racionalidade da averiguação processual do fato e, ao mesmo tempo, a exclusão do arbítrio do juiz." A preocupação aqui é de ordem epistêmica, pois busca fundar a resposta punitiva pela determinação, com um elevado grau de convicção, da verdade sobre os fatos que é possível ser alcançada no processo. Exige-se o procedimento *secundum allegata et probata et non secundum conscientiam.*[10]

Essa aspiração de alcançar um saber seguro e pleno sobre o delito contribui para dar maior relevo às provas diretamente representativas do fato, como a declaração das testemunhas presenciais e concordes. Entretanto, nas condutas penalmente tipificadas cometidas pelos agentes estatais, cria-se um intenso conflito entre esse tipo de atividade probatória e a busca pela verdade. Como lembra Perfecto Andrés Ibáñez (2009, pp. 33-34), ao escrever sobre a legitimação da autoridade estatal no direito romano:

> Las exigências de ejemplaridad y represividad [...] harían mella en el rigor formal del sistema de prueba legal, flexibilizándolo sensiblemente contra reo. Una adecuación que, en efecto, [...] se llevará a cabo sin una explícita superación del sistema de prueba legal, sino a través de una subterránea eficaz recuperación de la prueba indiciaria. La solución gira en torno a la combinación de dos instituciones: el *indicium indubitandum* y la pena extraordinária.

O que observamos na prática é o retorno dessa tendência de fragilização da prova legal por dentro do próprio conceito, porque se equiparam os indícios sobre os fatos à prova, restando os primeiros suficientes para uma condenação. Trata-se do amplo recurso a um tipo de "prova privilegiada", que ganha tratamento de prova plena pelas agências judiciárias e se constitui em uma série de elementos meramente indiciários, tais como as narrativas dos policiais e a apreensão de armas e outros objetos que busquem identificar a vítima à prática de delitos.

As mortes provocadas por policiais, quando levadas ao conhecimento público através do registro policial, são harmônicas no sentido de identificar o morto como um resistente (VERANI, 1996). Segundo os relatos registrados, os agentes são sempre recebidos com violência, contra a qual empreendem oposição vitoriosa, cessando o risco para suas vidas e dos

[10] Do latim, em tradução livre: "segundo alegado e provado e não segundo a consciência".

demais. Dessa dinâmica, restam mortos os resistentes, agindo os policiais em suposta legítima defesa. Não são raros, entretanto, os casos em que os resistentes são atingidos por múltiplos projetis, em posições que indicam passividade e rendição (CANO, 1997). Há, inclusive, táticas policiais durante as operações que consistem em emboscadas e são conhecidas como "Tróias" (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 44).

Junto com os relatos dos policiais, que são considerados testemunhas nos autos de resistência, os únicos indícios analisados são aqueles que corroboram com sua versão dos fatos, tendentes a identificar o resistente como traficante de drogas (D'ELIA FILHO, 2015). Das cenas dos crimes, cuja manipulação vem sendo denunciada em diversos estudos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015; SINHORETTO, 2014; SILVA, 2004), são colhidas armas, drogas e outros elementos típicos dessa atuação. Ao inquérito policial, é juntada a Folha de Antecedentes Criminais do morto; qualquer eventual anotação por crime anterior parece justificar indubitavelmente o resultado que supostamente se investiga (D'ELIA FILHO, 2015).

Outra metamorfose observada na distribuição de responsabilidades penais, conforme introduzido acima, são as penas extraordinárias. No esteio do que foi dito sobre as provas legais, quando não existem pressupostos probatórios suficientes para impor uma pena ordinária, lança-se mão de penas extraordinárias, mais leves e adequadas à qualidade dos indícios disponíveis que, a rigor, não habilitariam uma condenação mais rigorosa (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 34). Esse fenômeno, conforme nos parece, quando transladado para as favelas brasileiras e analisado no contexto da elevada violência estatal, sofre uma transformação complementar. Aqui, a pena extraordinária não tem menor intensidade de privação de direitos, pelo contrário, transmuta-se em pena de morte aplicada sumariamente sem prévio julgamento por um tribunal. Uma prisão por tráfico é substituída por uma execução extrajudicial.

Essa realidade de discricionariedade de uso da força letal em substituição à prisão pode ser percebida em diversos relatos da pesquisa. Em um dos casos analisados, um jovem de 25 anos foi morto durante uma emboscada policial e o caso foi registrado como auto de resistência. O relato da história traduz a lógica das penas extraordinárias em substituição à ação estritamente legal (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 45):

> Davi ainda estava vivo e, enquanto estava caído no chão, pedia socorro. Dizia: "Me leva para o hospital, eu vou morrer!" Os policiais impediram que ele fosse encaminhado para atendimento. A família e outras pessoas quiseram leva-lo, mas os policiais não deixaram. Um policial pegou uma arma grande e disse que ia "rasga-lo". Completou ainda: "Ele não gosta de dar tiro em polícia? A gente vai furar ele todo, vai furar ele de cima a baixo. Tira ela [a mãe] de lá." Mas a mãe se jogou sobre o corpo do filho e implorou para os

> policiais não fazerem isso. Quando Davi morreu, a mãe disse: "Desgraçados, vocês mataram meu filho! Por que vocês não prenderam ele?" Um policial reagiu dando um soco nela.

Segundo Giulio Illuminati (1979, pp. 90-91), a experiência jurisdicional opera em três planos ou momentos: o da aquisição e prática da prova; o da decisão final sobre o fato objeto de imputação; e o da valoração do material probatório. O primeiro é tratado nos códigos processuais, que regulam minuciosamente o modo de operar com os distintos meios de prova. O segundo está sujeito ao princípio do *in dubio pro reo* ou da presunção de inocência. O terceiro é reservado à órbita da discricionariedade judicial e manifesto através da livre convicção. Em relação à livre convicção, operou-se uma ruptura de paradigma, cujas contribuições de iminentes processualistas como Taruffo, Ferrua e Ubertis, e de filósofos do direito como Ferrajoli e Ferrer Beltrán, foi de grande valia.

O processo, como assinalou Ferrajoli, é um saber/poder, onde historicamente se privilegiou o poder em detrimento do saber. No modelo acusatório, identifica-se uma transposição do método hipotético-dedutivo ao mundo jurídico da prova, que opera em duas fases: na primeira, de investigação, busca-se fontes de prova e elaboração de hipóteses, e, na segunda, do juízo propriamente dito, o exame contraditório das provas oferecidas pelas partes para avaliação das hipóteses. Assim vista, essa dimensão do processo adota uma dupla perspectiva, sendo uma jurídica, de instrumento de garantias e direitos, e outra epistêmica, de meio de obtenção de conhecimento sobre uma suposição fática.

Sob essa perspectiva, o abandono da *quaestio facti* à consciência do julgador, à sua certeza moral, representa uma trivialização das questões sobre prova judicial, pois dessa forma estaria agindo em razão de carisma ou habilitado a decidir como que por iluminação. A ausência de regras legais de valoração probatória representada pela livre convicção tem por consequência última a banalização da prova e, internamente à agência judiciária, a vigência de um modo corporativista e autoritário de atuação. Vejamos o que diz Perfecto Andrés Ibáñez (2009, pp. 47-48) sobre isso:

> De esta misma peligrosa subcultura de lo jurisdiccional forma también parte un modo de entender los hechos, teñido de certo "objetivismo ingênuo", que los considera limpiamente accesibles en su misma realidade, en su existencia fuera del proceso, a través de la observación sensorial, y suscetibles de ser transladados como tales al tribunal. Sobre todo, en virtud de la prueba directa por antonomasia, la testifical, concebida como idónea para poner al juez en contacto inmediato con los mismos: "El tribunal ha percebido directamente el contenido de cuanto expressa el testigo, esto es, los hechos que vio personalmente." (Trechos de uma decisão do Tribunal Supremo

espanhol, de 2002)

A principal questão aqui combatida é que os fatos não são acessíveis diretamente pelo julgador, pois o juiz, assim como as próprias partes, operam no presente para desvelar um fato ocorrido no passado. São fatos que carecem de realidade atual, não sendo passíveis de verificação ou recriação experimental. A única maneira de acessá-los é através da comprovação de proposições sobre os fatos baseadas em indícios ou vestígios, dos quais o relato testemunhal é parte importante, mas não suficiente.

O processo, compreendido como um conjunto articulado de procedimentos, é o veículo do discurso probatório, através do qual os enunciados sobre os fatos e os indícios que lhe dão suporte são avaliados para estabelecer seu caráter de verdade ou falsidade. Comprovar uma proposição é estabelece-la como verdade possível, não como transposição da realidade, porque esta última é inacessível. Portanto, à verdade processual correspondem as provas, única via de acesso ao conhecimento dos fatos objetos da causa. De forma metafórica, tratam-se de "fatos conhecidos, argumentos de um fato desconhecido", conforme ilumina Giovanni Carmignani (*Apud* ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 49). E conclui:

> Por tanto, "cualquier prueba es siempre indiciaria", ya que todo conocimiento probatório es inferencial, en cuanto obtenido en el tránsito de un enunciado particular de contenido empírico a otro del mismo caráter, pero de mayor riqueza informativa, al que se acede mediante el tratamento del primero según uma máxima de experiência. Esto es, del criterio formado [...] a partir de la constancia socialmente adquirida de que determinados actos producen de manera habitual ciertos efectos, en el orden del comportamiento humano.

Podemos afirmar que toda prova é indício e, também, que o indício pode derivar de qualquer meio de prova, desde que a experiência histórica permita conclusões do tipo causa e efeito. O conhecimento judicial, assim visto, é construído através de indícios, pistas que indicam algum acontecimento fatual. Cada elemento probatório tem sua força em si mesmo. Eventual debilidade de um indício não pode ser superado ou descartado no amparo a outro indício mais forte, porque assim se estaria ignorando suas próprias características internas e se construindo uma verdade puramente artificial.

Para que seja algo determinado como provado é necessário que uma diversidade de indícios de qualidade, que procedam de uma pluralidade de fontes, convirjam para a confirmação de uma proposição enunciada. Indícios e fontes devem estar no plural e guardar uma relação de concordância, que permitam verificar a mesma hipótese. Mais uma vez, nos

acode mais uma vez Perfecto Andrés Ibáñez (2009, p. 52):

> [...] es decir, cuenten con un relevante potencial indicador, por la atendibilidad y fiabilidade de la fuente, por razón de su contenido informativo, por la relación con el objeto de la imputación. Estas connotaciones no son de caráter ontológico, o pertenecientes al indicio por naturaleza, sino que entran em juego como el resultado de uma atribución de valor llevada a cabo por el juzgador en función de las circunstancias del contexto probatório y a tenor de alguna máxima de experiencia merecedora de consideración.

Traduzindo para o mundo da experiência, a investigação policial formula uma primeira hipótese com os vestígios que conhece, descrevendo uma das possíveis dinâmicas do suposto delito. A segunda tarefa é verificar as conclusões dela decorrentes e buscar a comprovação por meio da correspondência com os elementos de convicção até agora acessíveis, dentro do contexto dado. Quanto maior a compatibilidade, mais fecunda é a hipótese, e, se forte o suficiente, abre-se caminho para outras hipóteses complementares, repetindo-se o processo até que seja possível oferecer uma explicação plausível do ocorrido e a individualização da autoria. A hipótese resultante deve "integrar harmonicamente os dados presentes e não possuir incompatibilidade com algum ou alguns deles de caráter fundamental" (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, p. 53).

Completa essa fase, com a hipótese apoiada nos dados e nas fontes, ela está madura para o ato de acusação, iniciando a etapa judicial. A hipótese, agora convertida em acusação, torna-se o fato principal a provar, pois subsumido à proibição legal (TARUFFO, 2008, p. 453 e ss.). Os elementos fatuais, ou melhor, os *objetos de prova*, valorizados por sua relevância lógica, tornam-se secundários. O *thema probandum* ganha complexidade e sua contestação só é possível através da decomposição, pois já não é mais um fato único o que se representa, mas uma agregação de fatos menores concatenados. Provar o fato principal, por sua vez, exige provar uma sequência de fatos que sustentam a imputação.

Dessa forma, resumidamente, a hipótese acusatória chega ao juízo para ser submetida à discussão e avaliação de seu potencial explicativo, apreciando-se sua plausibilidade, sua coerência interna e o apoio indiciário, no curso de procedimentos judiciais que compõem o processo. À acusação, cabe apenas a apresentação de uma hipótese, sendo que à defesa é facultada a simples negação da hipótese ou a apresentação de uma hipótese alternativa. O julgador é autorizado a usar somente métodos racionais na análise retida dos dados apresentados, com intento de calibrar o potencial de cada elementos de prova, com clara ciência do conjunto limitado de passos inferenciais permitidos pelos elementos de que dispõe.

Recorrendo aos exemplos que dispomos, verificamos que esse requisito lógico é pouco relevante para o julgamento dos policiais nos casos de autos de resistência e, em última instância, da violência estatal. Além do inquérito policial não colher elementos que se contraponham à versão apresentada pelos policiais, que é simplesmente citada pelos promotores de justiça como presunção de legitimidade da ação (D'ELIA FILHO, 2015, p. 144), não é incomum que os juízes desprezem o conjunto dos ferimento no corpo do cadáver, que poderia fornecer poderosos indícios contrários à versão oficial. No exemplo abaixo, embora o laudo pericial apontasse perfurações na cabeça, nas costas e na palma da mão, um claro sinal de posição defensiva, a decisão de arquivamento traz o seguinte conteúdo (pp. 146-147):

> [...] os policiais militares agiram em legítima defesa, procedendo da forma descrita apenas para se proteger da injusta investida do meliante. Desta forma, diante da manifesta incidência da cláusula de exclusão da ilicitude, nos termos do art. 23, inciso II, do Código Penal, não há fundamento que justifique o oferecimento da denúncia nem tampouco a continuidade das investigações. (Proc. 2008.001.386415-9)[11]

Uma decisão não pode ser a conclusão de determinadas premissas, porque não está nelas inseridas necessariamente. Por isso, as decisões devem ser motivadas como condição fundamental para sua validade. Decidir sobre a verdade de um enunciado fático pode ser entendido, portanto, como a justificativa de uma indução cuja qualidade depende das premissas e do rigor lógico do seu tratamento para obter uma síntese. O julgador deve se manter dentro do campo do motivável, abdicando de decidir o que não possa motivar, de modo a evitar o que Jordi Ferrer Beltrán (2007, pp. 62-63) chama de "imediação", conceito caracterizado por uma profunda irracionalidade, embora fortemente arraigado à cultura judicial.

É claro que se espera que o julgador deve se ater aos conteúdos dos discursos, avaliando a coerência da informação deles resultante e proceder em sintonia com todas as outras fontes integrantes do quadro probatório, em busca de elementos externos de corroboração. No entanto, em situações onde não seja possível motivar uma decisão com base no rigor lógico e no quadro probatório, seja por sua ausência ou incoerência, deve o julgador recorrer à presunção de inocência e decidir conforme o *in dubio pro reo*, pois ao contrário estaríamos no plano eminentemente emotivo, evidenciando uma decisão por empatia – e uma condenação por antipatia. Somente o que pode ser motivado, no sentido de possibilidade de verbalização, pode ser fundamento de uma decisão; trata-se de uma necessária racionalização a experiência

[11] Decisões desse tipo podem ser encontradas à exaustão na obra citada e também em Sergio Verani, 1996.

probatória, só alcançável através da prévia objetivação individualizada das peças que integram o quadro probatório (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009, pp. 71-72).

Mais uma vez, a realidade dos julgamentos se afasta de qualquer critério de controle epistêmico. O que segue são algumas decisões judiciais que demonstram não haver qualquer lastro motivacional na condenação do resistente e no consequente arquivamento da ação penal por homicídio em desfavor dos policiais. Vejamos (D'ELIA FILHO, 2015, pp. 160-175):

> A genitora da vítima, ouvida às fls. 66/67, informou que a vítima tinha alguns amigos que possuíam envolvimento com o tráfico de drogas, não sabendo o nome destes. (Proc. 2007.001.145140-6)
>
> A mãe da vítima, C. A., informa que não se espantaria se o seu filho fosse traficante, pois andava em 'más companhias', conforme fls. 73/75. (Proc. 2005.001.154300-9)
>
> No curso das investigações foi constatado não só que a vítima, de fato, vivia uma vida de crimes, tendo sido inclusive condenada por três vezes pela prática de tráfico de entorpecentes, bem como era o gerente do tráfico na localidade onde se deu o ocorrido. Assim, fica claro que o autor agiu acobertado pela excludente de ilicitude da legítima defesa, nos termos do art. 25 do Código Penal. (Proc. 2005.001.046978-1)

O que se torna evidente, portanto, é que a culpa do resistente é formada através de meros indícios. São levados em conta os hábitos e condutas pretéritos aos fatos, declarações não submetidas à dúvida e eventuais anotações criminais anteriores. Nada é considerado a respeito do que pode ser materialmente constatado, por mais que os laudos periciais plantem incongruências na versão policial. Embora esses mesmos indícios não sejam, na maioria das vezes, suficientes para demonstrar a culpa por homicídio dos policiais, são admitidos plenamente para confirmar a conduta criminosa de suas vítimas.

5. BREVES CONCLUSÕES

O sistema acusatório é, sem dúvidas, um importante marco civilizatório, que permitiu às sociedades modernas abandonar práticas autoritárias e adotar uma perspectiva mais democrática de resolução de conflitos. A existência independente de órgãos especializados na investigação, na acusação e no julgamento das causas é reflexo dessa conquista.

Entretanto, algo parece indicar que não abandonamos certas práticas autoritárias. Este trabalho se dedicou à hipótese de que, nos crimes cometidos por agentes estatais no exercício de suas prerrogativas legais, portanto embebidos da autoridade pública, existem sérias dúvidas

sobre a manutenção de um substrato mínimo de garantias processuais-penais. E, ainda, que nos casos de resistência seguida de morte estamos mais próximos de um Estado com poderes absolutos sobre a vida de seus súditos que de um Estado de Direito.

As causas desse fenômeno são muitas e históricas. Embora sua compreensão exija um profundo mergulho nas relações de poder e produção que moldaram nossa pátria, imprudente de ser realizada em tão poucas linhas, podemos apontar com segurança um caminho: sua origem no trabalho cativo do negro, quem até hoje recrutamos como inimigos matáveis. Por outro lado, foi o Judiciário desde as suas origens um representante das classes dirigentes, quadro que não se altera com a República, como não se alteram (ou em quase nada se alteram, o que seria um pouco mais criterioso) suas funções para manutenção do poder político.

Os resultados da nossa política criminal não podem ser atribuídos apenas à atuação da polícia, pois é reforçada e mantida pela instância judicial. Nos crimes do Estado, tudo é flexibilizado, conforme se observa na formação da culpa dos resistentes, ou melhor, de seus cadáveres. Indícios se confundem com provas. A instrução criminal, que deveria ocorrer sob controle de um juízo e com participação das partes, é antecipada para a fase pré-processual, de funcionamento inquisitorial. O raciocínio probatório ganha matizes de imputação odiosa. Em outras palavras, a polícia mata, a polícia investiga e a polícia julga, pois suas palavras são transladadas pelos promotores de justiça e pelos juízes, que as citam em um exercício de esquizofrenia jurídica.

Com a Constituição de 1988, fortalecemos a magistratura e a independência do Ministério Público. A este último, incumbiu-se a função de exercer o controle externo das polícias. Mas, não é o que mais de 30 anos de experiência têm confirmado. É necessário que seus membros controlem efetivamente os policiais que atuam no procedimento penal: se eles dependem do Poder Executivo, há sempre o risco de que operem com critérios de seletividade dirigidos pelo Executivo. Um Ministério Público independente que não controle a polícia é como um cérebro independente, mas com braços e pernas dirigidos por outro cérebro.

Haverá quem argumente que as violações que apontamos, cuja natureza política resultam em massacres seletivos e discricionários, são a única forma de conter a criminalidade em expansão. Portanto, é dizer que, para situações excepcionais são necessárias medidas de emergência. Não podemos nos deixar levar por argumentos de exceção. Um processo penal arbitrário e desigual não é uma medida funcional, porque não realiza os fins sociais para o qual foi concebido, tampouco respeita os direitos humanos preconizados nas constituições e tratados internacionais. Mas, principalmente, não serve para aquilo para que é mais reivindicado, pois

incapaz de conter a violência que sitia a todos nós, seja na forma genérica dos crimes urbanos, seja na forma pública da violência estatal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. ***Prueba y convicción judicial en el proceso penal***. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015.

BENTHAM, Jeremy. ***An introduction to the principles of morals and legislation***. Oxford: Claredon Press, 1907.

CANELUTTI, Francesco. ***La prova civile***. Roma: El Ateneo, 1947.

CANO, Ignacio. **Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ISER, 1997.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. ***Diritto e ragione: teoria del Garantismo penale***. Roma-Bari: Laterza, 1989.

FERRER BELTRÁN, Jordi. ***La valoración racional de la prueba***. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. ***Prueba y verdad en el derecho***, 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

FLORY, Thomas. ***El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial.*** *México*: Fondo de Cultura Económica, 1986.

ILLUMINATI, Giulio. ***La presunzione d'innocenza dell'imputato***. Bolonha: Il Mulino, 1979.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira (1841-1920)**. Curitiba: Juruá, 2010.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: resultados gerais de uma pesquisa. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, vol. 3, n. 7, pp. 35-50. Rio de Janeiro: NECVU, 2010.

_____ et al. **“Autos de resistência”: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)**. Relatório final de pesquisa. Rio de Janeiro: NECVU/UFRJ, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. ***El derecho procesal en el siglo XX***. Valencia: Tirant Blanch, 2000.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**, v. I. Brasília: STF, 2010.

NOBILI, Massimo. ***Il principio del libero convincimento del giudice***. Milão: Giuffrè, 1974.

PAES, Vivian Ferreira. Do inquérito ao processo: análise comparativa das relações entre polícia e Ministério Público no Brasil e na França. **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, vol. 3, n. 7, pp. 109-141. Rio de Janeiro: NECVU, 2010.

RODYCZ, Wilson Carlos. **O juiz de paz imperial: uma experiência de magistratura leira e eletiva no Brasil**. Porto Alegre: UNISINOS, 2002.

SILVA, César Mucio. **Processos-Crime: Escravidão e Violência em Botucatu**. São Paulo: Alameda, 2004.

SINHORETTO, Jacqueline et al. A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. **Revista Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais**. Brasil: Ministério da Justiça e SENASP, 2014.

TARUFFO, Michele. ***La prueba***. Madrid: Marcial Pons, 2008.

VERANI, Sérgio. **Assassinatos em nome da lei: uma prática ideológica do direito penal**. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.