

A INDIGNIDADE DA VIDA NOS AUTOS DE RESISTÊNCIA

Caio César Tenório Garé¹

José Eduardo Lourenço dos Santos²

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã³

Resumo: O estado brasileiro não é adepto das penas de morte e, em todo o mundo, cerca de vinte países ainda adotam essas práticas de punição. No ano de 2011, a Anistia Internacional informou que o número de execuções de penas capitais em todos os países que aceitam a pena de morte (exceto a China que não revela seus dados) atingiu a marca de 676 pessoas. Por outro lado, o Brasil não teve nenhuma pena capital pela via judiciária, mas, no mesmo período, somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 971 mortes a partir de ações policiais, totalizando um saldo 42,16% maior do que as vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados. O objetivo deste estudo visa a identificar se a pena de morte no Brasil, embora proibida

¹ Mestrando em Direito, área de concentração “Teoria do Direito e do Estado”, pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP (UNIVEM), Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO/UNIVEM). Advogado.

² Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP (UNIVEM), onde também é Professor da Graduação e Mestrado em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa NODICO (Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos) e Vice-líder do NEPI (Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet), ambos em funcionamento no Centro Universitário Eurípides de Marília. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

³ Mestranda em Direito na área de concentração “Teoria do Direito e do Estado” no UNIVEM/Marília-SP. Bolsista CAPES/PROSUP. Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM.

pela Constituição, é aceita pelo sistema judiciário quando da execução extrajudicial de pessoas consideradas potencialmente perigosas. Para tanto, apuram-se os chamados autos de resistência que são utilizados pelo sistema judiciário para a não punição de homicídios provocados pela polícia. Um problema intrínseco ao tema proposto é justamente se a introdução da Teoria do Direito Penal do Inimigo aplicada na política de extermínio pelas agências penais brasileiras se enquadra aos postulados normativos de direitos humanos atuais. Para se atingir o objetivo ora proposto, recorreu-se à pesquisa teórica e bibliográfica.

Palavras-Chave: Pena de morte. Direito Penal do Inimigo. Auto de resistência.

INTRODUÇÃO



Em âmbito mundial, o Brasil anuncia-se enquanto país que repudia a pena de morte, salvo apenas em casos específicos, como em tempos de guerra declarada. Entretanto, o número de mortes causadas por agentes do Estado supera em mais de 40% as cifras declaradas por países que adotam tal medida. Isso leva a questionamentos quanto ao fato de o estado brasileiro estar aceitando referida sentença quando das execuções extrajudiciais.

Um problema ao tema proposto está em que a garantia à segurança do Estado e de seus cidadãos acaba se sobrepondo aos direitos humanos e às garantias e direitos fundamentais daqueles indivíduos que são considerados uma “ameaça” ao Estado e à sociedade, perpassando, igualmente, a adoção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que conclama seres humanos como “não pessoas” e como inimigos do Estado.

Após definidos tais pontos, ensejar-se-á uma análise sobre os chamados autos de resistência operados para legitimar o homicídio praticado pelo agente policial no desempenho de seu

trabalho.

O método escolhido foi a pesquisa teórica e bibliográfica. Nesse caso, houve a revisão crítica da literatura disponível percorrendo livros, artigos e legislação, bem como o aporte de cidadãos incriminados ou punidos por referida lei.

Ao final, será possível concluir que a sensação de insegurança causada por esses indivíduos considerados perigosos legitima a adoção de penas de morte extrajudiciais por parte de policiais e a consequente institucionalização dessa pena quando da não punição desses agentes pela aceitação dos autos de resistência.

1. HÁ PENA DE MORTE NO BRASIL?

Há uma longa tradição brasileira de repúdio à pena de morte, remetendo à primeira Constituição republicana, de 1891, que proibia a prática em tempos de paz, então permitida somente em tempos de guerra, como consta no § 21, do art. 72, da Lei Magna:

§ 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926).

Já o art. 29 da Constituição de 1934 creditava, basicamente, o mesmo teor de sua antecedente, admitindo apenas penas de morte em casos de guerra por meio da legislação militar.

Os ventos, contudo, começaram a mudar com a promulgação da Constituição de 1937, também conhecida como Constituição Polaca, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, passando a admitir a pena capital para além dos crimes cometidos em tempos de guerra. O art. 13 previa a pena de morte para vários crimes militares, contra a segurança do Estado e também para casos de homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade, aumentando em muito, o rol de crimes punidos com a pena capital.

A alínea “h” do art. 13 em tela mostra a face obscura da época, ao abusar de conceitos amplamente abertos e genéricos, violando princípios, como o da legalidade, ao não descrever o que seria um ato de “suscitar terror”, para a punição de crimes comuns que já foram tipificados em legislações infraconstitucionais:

h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; (Incluído pela Lei Constitucional n° 1, de 1938).

Alguns anos depois, a Constituição de 1946 voltou a respirar ares democráticos, reintroduzindo liberdades expressas que haviam sido retiradas pela Constituição de 1937. Em relação à pena de morte, encontramos sua disposição no Capítulo II, Dos Direitos e das Garantias Individuais, no § 31, do art. 141:

§ 31. Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Mais uma vez a pena de morte volta a ser vedada, sendo capitulada unicamente em tempos de guerra, conforme legislação militar.

O período da ditadura militar, entre os anos 1964 e 1985, rompeu com a tradição humanitária da república e escriturou a pena de morte, inclusive para crimes de segurança nacional, consoante o § 11, do art. 150, da Constituição Brasileira de 1967:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta. (Redação dada pelo Ato Institucional n° 14, de 1969).

Embora a pena capital estivesse vigente em um momento

tão repressor, não houve sequer uma execução legal. No entanto, cerca de 400 militantes foram mortos durante o regime militar, muito antes de serem julgados, como constam nos relatórios da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP).

Segundo os jornalistas Carlos Tibúrcio e Nilmário Miranda (2008), via pesquisas, entrevistas e confronto de dados, a Comissão Especial provou a responsabilidade do Estado na maior parte dos casos de assassinato, demonstrando a crueldade dos meios empregados pelo regime.

Após esse período triste da história do Brasil, com a [en-fim] promulgação da Constituição Brasileira de 1988, conhecida como cidadã por conter inúmeras garantias fundamentais, vaticinou-se que somente em tempos de guerra, e para crimes militares, é que a pena de morte poderá ser aplicada (art. 5º, inciso XLVII).

Ora, considerando que o Brasil é um país avesso a guerras e disputas armadas, e que não se envolve em conflitos armados desde a Segunda Guerra Mundial, em teoria, não há lugar para pena de morte no Brasil.

Em vista dessa configuração preliminar, eis que, aqui, reside a questão cervical desta investigação: embora a Constituição Federal de 1988 tenha abolido a pena de morte, ainda podemos encontrá-la sendo efetivada pelas agências “democráticas” brasileiras? Nos próximos parágrafos, serão percorridos diversos pontos, a fim de se formar um conceito substancial em resposta ao questionamento em pauta.

É necessário, contudo, a ciência de que há países que aplicam a pena de morte de forma legal:

A Anistia Internacional divulgou pesquisa, realizada em 2011, na qual constatou que nos 20 países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o planeta, foram executadas 676 pessoas, sem contabilizar as penas capitais infligidas na China, que se nega a fornecer os dados. No mesmo período, somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 971 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número 42,16% maior

do que as vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados (...). (D'ELIA FILHO, 2015, p. 21)

Logo, se em todos os países que autorizam e que possuem seus rígidos critérios relativos à pena de morte foram ceifadas as vidas de 676 condenados (exceto os números chineses), como pode haver a morte em cifra superior em mais de 42,0% por instituições brasileiras, uma vez que a Carta Magna proíbe expressamente sua aplicação? Além disso, como o Estado de direito legitima e convive com tais números de execuções sumárias pela polícia se estes vão de encontro a todo ordenamento jurídico pátrio?

A resposta certamente abarca questionamentos aos centros de poder e às instituições que participam do sistema penal. Contudo, se as razões fossem exclusivamente estas, presume-se que a sociedade não as aceitaria de maneira pacífica e conflitos, por certo, abalariam esses centros de poder. Conquanto, não há tais revoltas, o que autoriza ponderar que a sociedade também compactua com o genocídio que a prática representa.

Na continuidade, o enfoque rumará à forma como é criado o inimigo em meio ao Estado e à atuação repressiva deste, que, amiúde, ultrapassa os limites garantidores do estado democrático de direito, na maior parte dos casos com a anuência da sociedade que observa sem maiores questionamentos.

2 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DE INIMIGOS

Percorrido o caminho das penas de morte nas constituições brasileiras desde o século XIX até a atualidade, é nítido que o Brasil nunca teve uma tradição de utilizar as penas capitais para atingir os fins da paz social objetivados pelo direito penal. Entretanto, ainda que não haja espaço para utilização desse instituto pela via judicial, nota-se, cada vez mais, um aumento nos índices de morte causados pela atuação policial, indicando uma justiça “extrajudicial”:

[...] chamam atenção as cifras pouco ocultas de uma

política criminal com derramamento de sangue, que chegou a marca histórica de 1.330 mortos, em 2007, com 902 homicídios consumados por agentes policiais a serviço do Estado somente na capital. Pesquisa do Instituto Pereira Passos da Prefeitura do Rio de Janeiro aponta, no ano de 2007, a relação de uma pessoa morta para cada seis pessoas presas na capital do estado, traduzindo assim que a exceção estaria virando regra nas ações policiais em nossa cidade. Em uma década, foram totalizados 13.671 registros de pessoas mortas pelo sistema penal em todo o estado. (D'ELIA FILHO, 2015, p. 22)

Para comprovar a letalidade policial brasileira, mais especificamente no Estado do Rio de Janeiro, o delegado de polícia civil D'Elia Filho (2015), em seu livro "Indignos de Vida", levanta o questionamento em torno desses números que revelam a realidade violenta e o despreparo policial, em geral ocultados por outras agências penais na legitimação desses homicídios.

O direito penal tem como objetivo tipificar condutas, mas também tem sido empregado como ferramenta para combater pessoas e modos de vida. Nessa ótica, surgem teorias para legitimar essa atuação estatal contra grupos ou condutas determinadas. O professor e filósofo alemão Günther Jakobs divulgou, na década de 1980, sua teoria: o Direito Penal do Inimigo.

O que se pode vislumbrar na teoria de Jakobs é o estabelecimento de dois direitos penais distintos: um para o cidadão, que deve contar com todas as suas garantias pessoais, pois este, mesmo criminoso, oferece abonação de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito; e o outro, o Direito Penal do Inimigo, para aquele não considerado cidadão, visto ser uma ameaça constante e fonte de perigo para o Estado e suas instituições, não garantindo fidelidade à norma. Para este um direito penal com garantias mitigadas visando à sua eliminação, um exemplo, no contexto brasileiro, é a figura do traficante.

Jakobs fundamenta sua teoria nos contratualistas, buscando amparo em Rousseau, Fichte, Kant e também em Hobbes, para defender a exclusão daqueles que rompem o contrato social:

[...] Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: 'Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos'. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 27)

Para Jakobs, há uma distinção entre os criminosos e, conseqüentemente, deverá haver um direito penal para cada um. Para os criminosos comuns, que não atentem contra o Estado e suas instituições, serão observadas todas as garantias processuais, e sua pena será uma forma de reafirmar a vigência da norma.

Por outro lado, para aqueles que têm um comportamento pessoal que se afastam permanentemente do direito, que não demonstram fidelidade à norma ou que atentem contra o Estado, não mais deveriam ser tratados como cidadãos, dado que não haveria a reafirmação do valor normativo do direito ao ser-lhes imputada uma pena.

Jakobs afirma que “[...] o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos [...]” (2008, p. 30).

Por exemplo, um criminoso homicida comum receberá sua punição somente após a realização de sua conduta e com todos os direitos inerentes ao papel de cidadão, porque ele não ameaça diretamente o Estado. De outro lado, o dono de uma “boca” de tráfico não precisará cometer fato algum, sendo punido pelo [simples (sic)] fato de “ser” essa possível ameaça.

Dessa forma, o direito penal deixa de se preocupar com o fato (que pune o agente pelo que ele fez), mas, sim, com a qualidade do autor (pune o sujeito pelo que ele é); ou seja, quanto à periculosidade.

Esse tipo de aplicação do Direito pune condutas que não afetam qualquer bem jurídico, acabando por desacreditar os princípios que regem o estado democrático de direito.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

Zaffaroni não sustenta que é a quantidade de direitos que anula a condição de pessoa, mas se volta à razão em que essa privação de direitos se baseia. Para o penalista argentino, “[...] no Estado constitucional de direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como não-pessoa, fora das hipóteses de coerção direta administrativa, inevitável e muito transitória” (2007, p. 19-20).

Esse Direito Penal de autor pode ser bem definido durante o regime nazista, em que os inimigos eram grupos eleitos pelo poder dominante como perigosos e, por isso, sua eliminação era essencial para o bom funcionamento do Estado.

As vítimas de Hitler e Stalin não foram mortas para a conquista e colonização do território que ocupavam. Muitas vezes foram mortas de uma maneira mecânica, enfadonha, sem o estímulo de emoções humanas – sequer o ódio. Foram mortas por não se adequarem, por uma ou outra razão, ao esquema de uma sociedade perfeita. Sua morte não foi um trabalho de destruição, mas de criação. Foram eliminados para que uma sociedade humana objetivamente melhor – mais eficiente, mais moral, mais bela, pudesse ser criada. Uma sociedade comunista. Ou uma sociedade Ariana, racialmente puras. Nos dois casos, um mundo harmonioso, livre de conflitos, dócil aos governantes, ordeiro, controlado. (BAUMAN, 1998a, p. 116)

O Direito Penal do Inimigo tem características peculiares como a imprecisão na definição dos crimes e das penas, ofensiva ao princípio da legalidade (exemplo da inexitosa conceituação do terrorismo); inobservância do princípio da ofensividade, quando a qualidade do autor é levada em consideração em vez

do fato praticado; não aplicação de direitos e garantias processuais fundamentais, como no caso de proibição de comunicação com advogado; entre outras.

Jakobs ainda afirma que “[...] a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos” (2008, p. 35-36), isso porque ao inimigo é negado o princípio da proporcionalidade que rege o Direito Penal para o cidadão comum.

Embora os países não defendam abertamente o uso desse Direito Penal do Inimigo como política de segurança, ele está presente no endurecimento das legislações e no tratamento dispensado a alguns grupos da sociedade considerados perigosos.

As dinâmicas da mudança inerente à própria modernização, a transformação não ordenada dos padrões de conduta individual, a falência do ideal de progresso e da racionalidade para o controle da vida humana trouxeram à tona novos conflitos, constituindo a chamada sociedade de risco. Os riscos desencadeados pelo desenvolvimento extremo da sociedade industrial e suas tecnologias têm o potencial de destruição global. Além disso, outra fonte de risco foi a ampliação da competitividade e necessidade de atualização para melhores trabalhos, que levaram muitos indivíduos à marginalidade e à delinquência; dessa forma, toda a sociedade passou a sofrer com insegurança, gerando um grande mal-estar.

Para Zygmunt Bauman, “Dentro da estrutura de uma civilização que escolheu limitar a liberdade em nome da segurança, mais ordem significa mais mal-estar” (1998b, p. 9). Essa ordem significa a não distribuição dos acontecimentos ao acaso, gerando uma rotina, uma repetição sistemática. Aqueles que representam a quebra dessa ordem são considerados por Bauman como os estranhos da sociedade:

‘Vizinhos do lado’ inteiramente familiares e sem nenhum problema, podem da noite para o dia converter-se em estranhos aterrorizantes, desde que uma nova ordem se idealiza; inventa-se um novo jogo no qual é improvável os vizinhos de ontem

competirem placidamente, pela simples razão de que a nova ordem está prestes a transformá-los em estranhos e o novo jogo está prestes a eliminá-los – “purificando o local”. (BAUMAN, 1998b, p. 20-21)

A convivência com um estranho, segundo Bauman (1998b), acontece de duas maneiras: ou o estranho é retificado e assimilado; ou sua exclusão da sociedade está decretada, por meio de sua eliminação. Ou seja, sua anulação pelo encarceramento ou a morte:

O que parece notório é que a justificativa de garantir a segurança do Estado e de seus cidadãos acaba se sobrepondo aos direitos humanos e às garantias e direitos fundamentais daqueles indivíduos que representam uma “ameaça” ao Estado e à sociedade, perpassando pela adoção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que trata seres humanos como “não pessoas” e como inimigos do Estado, punindo-os e banindo-os da sociedade. (SOUSA LIRA; CALLEGARI, 2015, p. 716)

A população carcerária brasileira ultrapassou a marca de 600 mil pessoas. Um número altíssimo e alarmante que vem aumentando exponencialmente ao longo dos anos. Hoje, faltam 250.348 vagas no sistema penitenciário. Além disso, convivemos, gradualmente, com casos de reincidência, confirmando que nosso sistema penal não funciona efetivamente. Esse processo sombrio gera um mal-estar intensificado, que acaba se transformando em evidente doença anímica na população, que, de sua parte, tende a tornar-se, morbidamente, egocentrada e defensiva, buscando um fundamento catártico de segurança, clamando por mais prisões e atuação mais rigorosa por parte das agências governamentais de segurança.

Esse sentimento de insegurança no Estado brasileiro, por seu turno, tende a dar aval a políticas extrajudiciais de extermínio a serem aplicadas pela polícia. Não se vê a sociedade levantando bandeiras pelas mortes de “bandidos” por parte da polícia em execuções sumárias. E esse sentimento se reflete em todo o sistema judiciário, uma vez que são os promotores que pedem arquivamento dessas mortes, ações aceitas pelos magistrados,

mesmo contrariando as provas dos autos, conforme veremos a seguir. O poder produzindo o medo para justificar ações drásticas. Como o poder atual é o capital, aqueles que a ele não se adequarem devem ser eliminados.

No próximo tópico, a abordagem será em relação aos autos de resistência, que é o meio de defesa utilizado para incriminar a vítima do crime e não o agente policial autor do fato, que se socorre valendo-se do instituto da legítima defesa.

3 PENA DE MORTE INSTITUCIONALIZADA: O AUTO DE RESISTÊNCIA

Quando a sensação de segurança dá lugar ao medo, a sociedade clama por uma resposta do Estado, visto que foi tolhida do cidadão a faculdade de fazer justiça com as próprias mãos, de acordo com a teoria do contrato social. O Estado, no que lhe concerne, tende a agir com mais rigorosidade, diminuindo os direitos e as garantias fundamentais para promover essa suposta sensação de “segurança”. Isso se reflete no exercício de todas as agências estatais, principalmente naquelas pertencentes ao sistema penal.

O processo de criminalização, segundo assevera Zaffaroni, se dá em duas etapas, respectivamente, primária e secundária. Trocando em miúdos: criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas; enquanto a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (2011, p. 43).

A criminalização primária é realizada pelas agências políticas, sendo um ato formal, a ser posto em prática pela [etapa] secundária, que corresponde às agências policiais, aos juízes, promotores, advogados, etc.

Portanto, investigando a letalidade do sistema penal, tem-se que a primeira agência a lidar com a criminalização é a

polícia; por meio dela, é que as outras agências terão material para trabalhar. D'Elia Filho (2015) apresenta como hipótese principal, a partir de ações policiais militarizadas, a existência de uma política pública de extermínio de nacionais construídos como inimigos. O objeto de pesquisa do autor em pauta encontra-se no estudo de mais de 300 pedidos de arquivamento feitos pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (e aceitos pela Justiça) dos inquéritos de homicídios praticados por policiais, conhecidos como “autos de resistência”, no período de 2003 a 2009.

No Rio de Janeiro, o procedimento conhecido como auto de resistência é inicialmente regulamentado, durante a ditadura militar pela Ordem de Serviço nº 803, de 02/10/1969, da Superintendência da Polícia Judiciária do antigo Estado da Guanabara, como uma investigação especial para apurar lesões corporais e homicídios praticados por policiais em serviço, evitando a prisão em flagrante dos agentes quando do exercício do chamado uso legal da força, nos moldes do art. 292 do CPP: “se houver, ainda que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas”. Tal procedimento é mantido ainda hoje pela Portaria nº 553 da PCERJ, de 07/07/2011, que tenta aproximá-lo, quanto às providências a serem realizadas pelo delegado de polícia, de um inquérito de homicídio, sem, contudo, revogá-lo. (D'ELIA FILHO, 2015, p. 22)

A análise testemunhará o paradoxo do discurso de que existem provas suficientes, com indícios de autoria e materialidade do homicídio, a ensejar a responsabilidade criminal dos policiais; e, de outro lado, que essas provas não existem, gerando o arquivamento da investigação.

Fato curioso é a falta de versão para contrapor a versão policial, que se reflete na visão dos promotores como causa de presunção da legitimidade da ação:

As circunstâncias da morte da vítima, em especial o material ilícito apreendido ao lado do seu corpo, aliados aos depoimentos coerentes e harmônicos dos milicianos, bem como a ausência de qualquer testemunha ou indício que agaste a veracidade de tais afirmações indicam que, de fato, o policial A.G.L., –

que se apresentou espontaneamente na delegacia – agiu em legítima defesa própria e de seus amigos de farda. (PROC. 2007.001.004091-5 da 4ª Vara Criminal da Capital). (D'ELIA FILHO, 2015, p. 144-145)

Outra característica bastante manipulada pelos promotores para justificarem o pedido de arquivamento do homicídio é a utilização genérica da excludente de ilicitude contida no art. 23, inciso II, do Código Penal, a legítima defesa, mesmo sem fazer referência específica aos elementos produzidos pelo inquérito.

Cuida-se de inquérito instaurado para apuração de suposto crime de HOMICÍDIO proveniente de AUTO DE RESISTÊNCIA, figurando como vítima fatal F.M.O., em virtude de fato ocorrido no dia 20 de novembro de 2003, na Estrada dos Bandeirantes, Vila Sapê, nesta comarca. No que concerne a prática de suposto delito de HOMICÍDIO, conforme se constata da análise dos elementos trazidos nos autos, os policiais militares agiram em legítima defesa, procedendo de forma descrita apenas para se proteger de injusta investida do meliante. Desta forma, diante de manifesta incidência de cláusula de exclusão de ilicitude da legítima defesa, nos termos do art. 23, inciso II, do Código Penal, não há fundamento que justifique o oferecimento de denúncia, nem tampouco a continuidade das investigações. Assim sendo, alternativa não vê este órgão do Ministério Público a não ser o ARQUIVAMENTO dos presentes autos. (PROC. 2008.001.386415-9, da 1ª Vara Criminal). (D'ELIA FILHO, 2015, p. 146-147)

Neste pedido de arquivamento estudado por D'Elia Filho (2015), é estranho notar que o promotor descarta qualquer citação referente ao exame cadavérico da vítima, que aponta ferimentos provocados por disparos de armas de fogo na cabeça, nas costas e, até mesmo, na palma da mão do corpo do cadáver, indicando provavelmente uma lesão de defesa.

Também é necessário o reconhecimento de que esse modelo de pedido de arquivamento é genérico e se baseia, na maioria dos casos citados pelo autor, na inversão do juízo de adequação; ou seja, o caso passa a ser estudado do enquadramento legal para os fatos, e não dos fatos para o enquadramento, tendo

o princípio da autoridade da lei como fundamento principal, conforme se pode verificar a seguir.

Diante do que consta nos autos e não havendo nenhum elemento a indicar no sentido contrário, forçoso o reconhecimento de que os policiais militares agiram em legítima defesa própria e, portanto, sob a excludente da ilicitude prevista no art. 23, inciso II, do Código Penal. (PROC. 2009.001.313589-9, da 1ª Vara Criminal)

[...] verifica o Ministério Público que, passados três anos do fato, não há lastro probatório mínimo da ilicitude da conduta dos policiais. Não se está afirmando que eles efetivamente estavam em legítima defesa, mas sim de que não há provas de que não estavam acobertados por tal excludente, vez que a vítima estava armada e de posse de material entorpecente, tendo confrontado os policiais em troca de tiros. Vale dizer, não há prova suficiente da ilicitude da conduta. (PROC. 2009.001.0169071-5 e PROC. 2009.001.169045-4, ambos da 2ª Vara Criminal). (D'ELIA FILHO, 2015, p. 147-148)

O arquivamento dos autos de resistência mostra o desinteresse do sistema penal na solução do caso concreto. Avaliações genéricas promovidas pelo Ministério Público ajudam a reforçar a letalidade policial, que, ao não se sentir coagida a evitar tais mortes, torna sua ação cíclica agindo com brutalidade e frieza no homicídio dessas pessoas.

Ainda que tais pessoas fossem criminosas, não se justifica a execução sumária, como se comprova na maioria dos autos arquivados, pois colide com todo o ordenamento jurídico pátrio. E, dessa forma, a busca da “identidade” do morto é que vai garantir a legitimidade da ação em comento, e ao cadáver será transferida toda a responsabilidade por sua própria morte.

Por outro lado, o estudo (D'ELIA FILHO, 20015) revela que, dos 314 autos de resistência em que foram pedidos o arquivamento pelo Ministério Público, em apenas 25 o magistrado competente rejeitou o pedido. O mais interessante é que das 25 rejeições, 24 foram proferidas pelo mesmo magistrado, que atua na 1ª Vara Criminal da Capital. Em outras palavras, se não hou-

vesse este magistrado, o número de arquivamentos aceitos passaria de 99%, denunciando, novamente, o descaso com as mortes desses cidadãos marginalizados.

O órgão do Ministério Público requereu às fls. 146/147 o arquivamento dos presentes autos, alegando não haver dúvida de que os policiais militares agiram acobertados pela excludente da ilicitude da legítima defesa. Observa-se que o arquivamento do presente inquérito policial, sob esta argumentação, *data vênia*, mostra-se precipitado, na medida em que o cadáver de DPDS apresenta diversos disparos, inclusive pelas costas, situação que não foi devidamente esclarecida na dinâmica apresentada pelos milicianos envolvidos no evento e que pode caracterizar, até mesmo, eventual excesso, mormente porque nesta fase *in dubio pro societate*. Isto posto, com fundamento no Art. 28 do Código de Processo Penal, oficie-se ao Exmo. Sr. Procurador-Geral, de Justiça REMETENDO-SE os presentes autos para adoção das medidas que entender pertinente. (PROC. 2009.001.058064-1, da 1ª Vara Criminal). (D'ELIA FILHO, 2015, p. 158)

Este procedimento gerou o procedimento administrativo de nº 2009.00099881, em que a Assessoria Criminal do Procurador Geral de Justiça determinou ao Juízo da 1ª Vara Criminal que arquivasse o inquérito.

O caso revela a natureza vil dos operadores da justiça para a sustentação jurídica da legitimidade da legítima defesa dos policiais quando do cometimento de homicídio de um brasileiro com cinco tiros pelas costas.

Pouco ou nada se fala sobre os fatos que levaram às mortes das vítimas na produção do auto de resistência; por outro lado, a juntada da Folha de Antecedentes Criminais da vítima é valiosíssima, além do depoimento dos policiais e familiares, do reconhecimento do local em que se encontrava a vítima como marginalizado (favela) e, principalmente, de armas de fogo e de drogas ou outros objetos que possam caracterizar o morto como criminoso, recaindo sobre ele a culpa pela sua execução sumária.

Por fim, nos casos estudados por D'Elia Filho (2015),

podemos citar que, em 60% deles, foi juntada a Folha de Antecedentes Criminais. Mais ainda: que, do total de vítimas, apenas 22% eram brancas e, em 75% dos casos, os autos de resistência ocorreram em favelas.

4 CONCLUSÃO

Trilhados os passos da pena de morte no Brasil desde a primeira Constituição da República, no século XIX, até a Constituição vigente, revelou-se que, não obstante exista tal pena capital, ela se restringe a casos excepcionais como aqueles efetuados em tempos de guerra e para crimes militares.

Porém, diante da sensação de insegurança da sociedade atual, causada, sobretudo, pelas diferenças sociais, identifica-se presumível “periculosidade” em indivíduos menos favorecidos. Com isso, o cidadão clama ao Estado pela sua proteção e eliminação do perigo. Antagonicamente, a resposta tem sido a política de legitimação de homicídios praticados pela polícia contra nacionais, os chamados autos de resistência.

Este procedimento impõe à vítima a responsabilidade por sua morte, ao não serem investigados os fatos do homicídio, antes, a vida pretérita do morto como condição razoável para a sua eliminação. Nessa esteira, o policial mata, o Ministério Público pede arquivamento e o juiz autoriza o procedimento, alimentando, assim, uma política sangrenta de higienização social.

Não há dúvidas: estamos diante de uma política criminal com derramamento de sangue a conta-gotas. O massacre presente nos homicídios provenientes dos “autos de resistência”, na cidade do Rio de Janeiro, assim como outros massacres na história, ganha ares civilizatórios a partir de uma forma jurídica ao construir a figura do inimigo matável, substancializada como um “outro diferente”, “parte de um todo maligno”, ao qual se nega o tratamento como pessoa. (D’ELIA FILHO, 2015, p. 259)

Nessa ótica, reconhecemos a tese do Direito Penal do Inimigo, do estudioso alemão Günter Jakobs, na qual os direitos e

as garantias individuais são negados aos cidadãos considerados perigosos pelo Estado.

Oculto nesse problema está a incapacidade do Estado de promover a segurança, a consequente criação de supostos inimigos e um expansionismo jurídico repressivo cerceador de direitos e garantias fundamentais, entre outras causas.

Por fim, muito embora o Brasil não figure no cenário mundial como país que aplica a pena de morte depois de um processo judicial, ela é legitimada pelas agências penais em “sentenças” extrajudiciais, dando contornos de uma política de Direito Penal do Inimigo e indo de encontro aos princípios constitucionais que norteiam nosso país.

A quem interessa a realidade atual? Essa é uma pergunta para um enfrentamento futuro e específico.



5 REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Tradução de Marcus Penshel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998a.
- _____. *O mal estar da pós modernidade*. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998b.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

- <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 08 fev. 2017.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos no Rio de Janeiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo. Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- SOUSA LIRA, Cláudio Rogério; CALLEGARI, André Luís. Direito Penal antiterror: necessidade de definição jurídico-penal para a tipificação de terrorismo no Brasil. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 710-745, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/3494/pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____; et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.