


A ABORDAGEM POLICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA GARANTISTA

 <https://doi.org/10.56238/arev7n3-098>

Data de submissão: 12/02/2025

Data de publicação: 12/03/2025

Eber Boh dos Santos

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

E-mail: eberboh@hotmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito (UFMG), com estágio pós-doutoral (Universidade do Minho). Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Associado da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista.

E-mail: nestorsantiago@unifor.br

RESUMO

A abordagem policial causa impactos diferenciados nas camadas sociais e, com o aumento da criminalidade, foi incrementada como alternativa para combatê-lo. Nesse cenário, o garantismo surge como ferramenta para a limitação do poder do Estado. O objetivo da pesquisa é analisar o Recurso em Habeas Corpus n. 158.580, do Superior Tribunal de Justiça, à luz do garantismo de Luigi Ferrajoli e seu impacto nas abordagens policiais. Para tanto, buscou-se explicitar as teorias do garantismo e dos Direitos Fundamentais; analisar a legalidade das abordagens policiais e seus reflexos nos Direitos Fundamentais e demais influências. A metodologia será a bibliográfica. A hipótese norteadora é que a decisão em comento se tratou de garantismo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Garantismo. Poder de polícia. Abordagem policial. Fundada suspeita.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem policial é um tema amplamente discutido no meio social, tendo em vista que pode afetar o cotidiano do cidadão, principalmente aqueles que vivem em comunidades mais carentes. Ocorre que esta atividade desenvolvida pelo aparato responsável pela segurança pública causa impactos diferenciados nas variadas camadas que compõem o tecido social. A relevância da discussão acerca do assunto decorre do aumento contínuo da violência e do crime - crimes contra o patrimônio, homicídios, crime organizado, particularmente o narcotráfico - e a consequente ampliação da incidência de abordagens policiais como alternativa para o combate a esse fenômeno social.

O progressivo aumento do crime violento na maior parte das grandes cidades do nosso país acaba por substituir gradualmente o discurso do “controle do crime” pelo da “guerra contra o crime”, que carrega consigo a ideia do perigo iminente e da necessidade de mobilização máxima de esforços pelo aparato estatal. As abordagens policiais acabaram por sofrer o impacto do imaginário popular e dos encarregados pela manutenção da ordem pública, de que estamos em um contexto de guerra e, conseqüentemente, passaram a ser realizadas com mais rigor e, algumas vezes, em desrespeito aos direitos consagrados na Constituição Federal.

A Teoria do Garantismo, que tem como um dos alicerces a proteção das liberdades individuais oriundas da doutrina iluminista, é apresentado como ferramenta que objetiva agregar instrumentos jurídicos para a limitação do poder do Estado. No âmbito normativo, o §2º do art. 240 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece a “fundada suspeita” como condição para que se proceda à busca pessoal, mas sem estabelecer um conceito claro sobre o que seja a “fundada suspeita”, o que permite aos agentes de segurança ampliada margem de discricionariedade em sua atuação que, não raramente, são influenciadas por critérios discriminatórios.

Após a decisão no Recurso em Habeas Corpus n. 158.580 (RHC) do Superior Tribunal de Justiça (STJ), houve uma mudança de paradigma da análise das abordagens policiais nos casos concretos, inclusive resultando na não utilização das provas obtidas a partir da ilegalidade constatada durante algumas abordagens.

Para além do interesse pessoal na pesquisa, decorrente do exercício da atividade policial de um dos coautores, ela se impõe em razão da recorrência das discussões sobre a abordagem policial. Esta pesquisa torna-se relevante do ponto de vista social pelos reflexos positivos que o estudo pode levar às instituições policiais, na medida em que promoverá um debate sobre a abordagem policial e a forma como deve ser empregada nos mais variados eventos, não apenas em seus aspectos técnico-formais, mas também sob a mais atual e elevada ótica da qualidade na prestação de serviços e da importância que seja executada de acordo com respeito aos Direitos Fundamentais.

O objetivo da pesquisa é analisar o RHC à luz do Garantismo de Ferrajoli e seu impacto nas abordagens policiais. Para tanto, buscou-se explicitar as teorias acerca do garantismo e dos Direitos Fundamentais; analisar a legalidade das abordagens policiais e seus reflexos nos Direitos Fundamentais e demais implicações para a atuação das instituições policiais durante a realização de abordagens aos cidadãos. Assim, estabelece-se como problema a ser analisado: a decisão no RHC foi garantista a ponto de impedir a realização de abordagens policiais?

O método de abordagem utilizado será o dedutivo-exploratório, pois, visa tornar mais explícito o problema, aprofundar as ideias sobre o objeto de estudo, na qual se estabeleceu critérios, métodos e técnicas para a elaboração da pesquisa, tendo como objetivo oferecer informações sobre o seu objeto visando orientar a formulação de hipóteses. Quanto ao procedimento, será o analítico-dogmático, pois, tem como finalidade analisar os conceitos operacionais da pesquisa sob uma perspectiva dedutivo-epistemológica, levando em conta a multiplicidade de perspectivas quando da elaboração das respostas ao problema de pesquisa. Os instrumentos de pesquisa utilizados serão o levantamento de dados, a pesquisa bibliográfica e sua análise.

A hipótese norteadora do trabalho é que a decisão em comento se tratou de garantismo. Nesse diapasão, o presente trabalho foi dividido em três seções, além da introdução e conclusão. Na primeira serão explicitadas as teorias acerca da teoria do garantismo e dos Direitos Fundamentais. Na segunda será explanado acerca do Poder de polícia e da necessária legalidade na execução de abordagens policiais. Por fim, na terceira seção, será analisado o RHC à luz do garantismo de Ferrajoli e sua repercussão nas abordagens policiais.

2 CONCEPÇÕES ACERCA DO GARANTISMO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O Estado Democrático de Direito, nos termos da previsão do art. 1º, da CF/1988 é apresentado como adjetivo da República Federativa do Brasil, sendo premente a sua compreensão para que seja efetivada junto ao povo brasileiro e suas instituições, sobretudo, as responsáveis pela aplicação da lei. Sobre o assunto, Lenza (2012) argui que a previsão desse regime jurídico é reforçada na Constituição a partir do estabelecimento de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos nela apresentados.

Ao analisar o Estado Democrático de Direito em nossa Constituição Federal, Bruno Neto (2003) argumenta acerca da necessidade da divisão deste princípio em Estado Democrático e Estado de Direito. O primeiro se refere ao Regime Político e permite ao povo brasileiro uma efetiva participação no processo de formação da vontade pública. O segundo se refere ao Regime Jurídico que autolimita o poder de governo ao cumprimento das leis que a todos subordinam.

Acerca do assunto, aduz Ferrajoli (2012) que os Direitos Fundamentais estipulados nas normas constitucionais devem orientar a produção do direito positivo, não se tratando o constitucionalismo rígido de superação do positivismo jurídico e sim do seu reforço, representando, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico, já que positiva o “ser” e o “dever ser” do direito, quanto do Estado de Direito, uma vez que comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa ao direito e ao controle de constitucionalidade.

Na concepção ferrajoliana, diferente do que ocorre no modelo paleopositivista, a legalidade não é mais simplesmente condicionante da validade das normas infralegais, mas, sim, é ela mesma condicionada, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. Dessa forma, o constitucionalismo jurídico excluiu a última forma de governo que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria.

Pode se concluir que garantismo jurídico tem como alicerce as liberdades individuais oriundas da doutrina iluminista, com o objetivo de agregar instrumentos jurídicos para a limitação do poder soberano, restringindo os poderes da república, no contexto da doutrina garantista, aos marcos materiais. Segundo Rosa (2011, p. 5), “[...] diante da complexidade contemporânea a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados [...]”. Afirma, ainda, que os Direitos Fundamentais, nesse sentido, se situam na “esfera do indecível”, fronteira ao avanço do Poder Legislativo (ROSA, 2011, p. 7).

Em síntese, Saboia e Santiago (2018) afirmam que o garantismo, como teoria do direito, postula preceitos os quais, obrigatoriamente, devem estar vinculados aos fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, tendo como norteador a dignidade humana que busca impedir que o Estado descumpra a aplicação dos Direitos Fundamentais e que se afaste dos objetivos pelos quais justifica sua existência, enquanto que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, permitiu a promoção, em cooperação com a Organização das Nações Unidas - ONU, do respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, tendo o Brasil incorporado em sua Constituição no art. 1º, III, que a trata como fundamento da República.

Ao lecionar sobre o assunto, Ramos (2014) afirma que a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência, não importando sua nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo ou outros fatores de distinção,

tratando-se, portanto, de proteção indispensável para o Estado Democrático de Direito brasileiro. Verifica-se que é visível a preocupação do legislador em atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana status normativo, não permitindo que se legisle em contraponto aos seus ditames, e podendo este ser ampliado, jamais suprimido.

Ao explicitar acerca dos termos utilizados para se referir aos direitos básicos dos seres humanos, Sampaio (2010) afirma que direitos humanos seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o ser humano, independente do contexto social que se ache imerso. Também “humanos” ou “do homem” seriam aqueles definidos não por uma norma positiva, mas sim pela concepção de “homem” que se adote como fonte ou como valor, pelo seu referencial axiológico que se impõe a toda e qualquer ordem jurídica. Já os “Direitos Fundamentais” são aqueles juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos).

Direitos Fundamentais e direitos humanos possuem, em comum, a condição de estarem previstos em normas jurídicas positivadas. Entretanto, enquanto os Direitos Fundamentais são caracterizados por sua positivação no âmbito da constituição de um Estado, os direitos humanos correspondem a direitos passíveis de serem titularizados pela pessoa humana previstos em normas de direito internacional. Sobre o tema, Comparatto (1999), baseando-se na doutrina germânica, entende os Direitos Fundamentais como os direitos humanos reconhecidos com o tal pelas autoridades responsáveis pela edição de normas e sua positivação nas constituições, nas leis, nos tratados internacionais, assim, com efeito no interior dos Estados e no plano internacional. Em arremate, aduz o autor que a essencialidade dos direitos humanos decorre do reconhecimento de sua função estruturante para firmar os limites das relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado, entre os grupos de indivíduos ou em relação a todo gênero humano.

No Brasil, os direitos humanos evoluíram visando aos anseios da sociedade em busca de justiça e da dignidade da pessoa humana, sendo paulatinamente incorporados ao arcabouço jurídico constitucional desde a primeira Constituição brasileira. Este pressuposto possibilitou que o cidadão brasileiro pudesse escolher voluntariamente a forma pela qual desenvolveria sua personalidade, não permitindo interferências externas que resultasse em sua degradação, nos termos do art. 5º da Constituição Federal que resguardou a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a imagem da pessoa, sua casa e sua correspondência e comunicações.

Portanto, em um país que se fundamenta no Estado Democrático de Direito, conforme enunciado em sua Constituição, não é concebível que as instituições, dentre as quais as responsáveis pela segurança pública, cometam violações aos Direitos Fundamentais de cada um dos cidadãos

brasileiros durante a execução das abordagens policiais, as quais, em tese, deveriam lhe fornecer sensação de segurança decorrente da correta aplicação do poder de polícia que lhe é conferido, tendo em vista a preservação da ordem pública. Nesse cenário, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário na reparação dos direitos violados, uma vez que a não prestação de segurança pública contraria preceitos constitucionais, de forma a atender aos preceitos garantistas.

3 PODER DE POLÍCIA E ESTRITA LEGALIDADE: A DIALÉTICA DA ATIVIDADE POLICIAL

O anseio de uma organização policial em se consolidar em uma instituição cidadã perpassa por debates transparentes quanto aos seus métodos de trabalho, visto que é visível a atuação na defesa do Estado em detrimento da proteção e dos direitos dos cidadãos, em uma prática conhecida como controle social que, segundo Abreu (2006), se manifesta em função de uma estrutura política e econômica de poder, na qual grupos dominam outros na medida que estão mais próximos ou mais marginalizados em relação ao poder. As instituições policiais, então, se consubstanciam nos guardiões e protetores do Estado, de suas leis e princípios, não obstante deixarem de ser atendidos os marginalizados desse seio governamental.

A CF, ao adotar os Direitos Fundamentais como fundamento da República, deixou claro aos policiais a necessidade de se estabelecer uma nova forma de atuação, pois impõe uma revisão de procedimentos buscando melhorar a qualificação profissional, com o objetivo respeitar o Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais e a incolumidade física das pessoas e deixar de ser ferramenta de seleção dos que disporão, ou não, dos benefícios do Estado.

Nota-se que não há mais espaço para o determinismo social, pelo qual, ao invés de se pautar no livre arbítrio como fator de propulsão ao crime, atua sobre fatores exógenos e alheios ao agente, fenômeno decorrente da errônea interpretação da teoria de Durkheim (2007) que afirmava que o indivíduo é definido pelo meio no qual está situado, ou seja, o ambiente em que vive forma suas atitudes, ideias e ideais. Sobre o assunto aduz Varez (2016) que, de fato, tomado isoladamente, cada indivíduo ao nascer depara-se com valores, costumes, normas, tradições, leis que não elaborou e aos quais terá que se adaptar para poder viver, contudo, Durkheim procura demonstrar, na contramão do utilitarismo, que a sociedade é o resultado das relações que se estabelecem entre vários indivíduos em dada época e lugar, não sendo, portanto, os indivíduos desnecessários.

Entretanto, ainda são relatadas arbitrariedades cometidas por policiais durante abordagens de cidadãos em locais com população de menor poder aquisitivo ou contra pessoas que se adequam aos rótulos imputados aos criminosos, em flagrante violação dos Direitos Fundamentais, que no seu bojo

busca proteger os indivíduos sem distinção. Nas palavras de Moreira e Frota (2014), as abordagens realizadas pelos policiais retirariam dos cidadãos rotulados a sua humanidade, vez que restringiria Direitos Fundamentais indisponíveis, dada a exacerbação do permitido às forças policiais para sua atuação, já que a suspeição exigida por lei, seria substituída por aspectos da cultura policial dominante e do campo da subjetividade, resultando em práticas eivadas de arbitrariedade e autoritarismo, legitimadas por estigmas e preconceitos.

O art. 144 da CF estabelece que a segurança pública é obrigação do Estado, direito e responsabilidade de todos, com o intuito de exercer a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Álvaro Lazzarini (1997), valendo-se do saber de Pessoa (1971) e De Plácido e Silva (1963), entende a segurança pública como estado antidelitual resultante do cumprimento das proibições impostas pela legislação penal, a partir de ações de polícia preventiva ou de repressão imediata que possibilitam o afastamento de situações que possam afetar a ordem pública, por meio da imposição de restrições às liberdades individuais.

Ao se debruçar sobre o tema segurança pública, Abreu (1996) identifica uma crise de credibilidade nas instituições policiais de segurança pública decorrente da falta de eficácia e eficiência destes em pacificar a sociedade, em solucionar seus conflitos nos ditames do Estado Democrático de Direito, apesar disso, não há condenação em uníssono das práticas de repressão ao crime em nada com ele compatíveis.

Adentrando no conceito de ordem pública, Lazzarini (1997) afirma que é uma situação oposta à desordem, sendo essencialmente de natureza material e exterior. Complementa o autor que a noção de ordem pública abarca a de segurança pública, sendo a segunda, aspecto da primeira. De sua parte, Fernandes (2012) leciona que ordem pública é uma garantia constitucional em favor dos direitos à vida, propriedade e paz social e as Polícias Militares uma garantia institucional para a proteção eficiente pelo Estado brasileiro destes direitos.

No afã de proporcionar segurança e ordem pública não podem as instituições policiais se distanciar dos anseios dos cidadãos, devendo dotar seus efetivos de uma mentalidade e uma estratégia de ação que permita assegurar o exercício das atividades dentro dos padrões impostos pelo Estado Democrático de Direito. Cumpre frisar que a obrigação do Estado na preservação da ordem pública é uma garantia fundamental para a proteção dos Direitos Fundamentais de vida, propriedade, paz social, e dignidade da pessoa humana. Assim, Cury e Oliveira (2018), valendo-se do saber de Canotilho, afirmam que, por se tratar de uma garantia fundamental, o conceito de ordem pública deve se vincular aos atributos da historicidade e da vedação do retrocesso social.

Conforme ensinamento de Lazzarini, (1997), essas atividades próprias de segurança pública decorrem do Poder de Polícia, que é um poder instrumental da Administração Pública. Para Fernandes (2012), a função de garantia da ordem pública é exercida por meio da polícia administrativa, cujas ações são desencadeadas por meio do exercício do poder de polícia, o qual consiste em restringir as liberdades individuais em favor do interesse comum. Corroboram Cretella Júnior (1999) e Di Pietro (2003) ao afirmarem que o poder de polícia se trata de uma faculdade discricionária do Estado que lhe permite, dentro da lei, limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Complementa Meirelles (2010) ao arguir que o poder de polícia busca tolher algumas condutas nocivas por parte da sociedade, com o fito de garantir a ordem pública e o bom convívio dos cidadãos e de boa vizinhança, dessa forma, evitando o conflito de direito e assegurando o gozo ininterrupto de seus direitos, até onde for compatível com o direito dos demais.

A definição legal de Poder de Polícia encontra assento na Lei Nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), em seu art. 78ⁱ. Com tal poder, o Estado pode cumprir sua finalidade, que é a proteção do interesse público no seu sentido mais amplo, refutando ações antissociais ou prejudiciais à segurança interna de indivíduos. Para tanto, as instituições policiais estatais diuturnamente desenvolvem uma série de atividades, dentre as quais a abordagem policial, ação que se reveste de legalidade pelo atributo coercitivo do Poder de Polícia. Entretanto, não se pode deixar de observar o atributo da discricionariedade no desenrolar da abordagem ao indivíduo, segundo o qual é premente a atuação dentro dos limites legais. Salientando-se que a abordagem policial e a busca pessoal a partir dela encontra amparo legal no artigo 244 do CPPⁱⁱ.

Em suma, conforme a lição de Di Pietro (2003), a administração pública detém prerrogativas para o desempenho de suas atividades, ao passo que sujeita o ato administrativo aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, para a garantia dos direitos dos cidadãos, colocando em lados opostos a autoridade da Administração e a liberdade individual. Assim, para que ocorra a abordagem policial, é premente prévia condição que permita ao policial constatar a “fundada suspeita”.

Nesse sentido, leciona Nucci (2016) que os policiais, com fulcro no poder de polícia, podem e devem revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, apenas sendo necessário que o façam de forma fundamentada e não por desconfiança ou a seu bel prazer. Também afirma Lopes Júnior (2016) que, para que ocorra a busca pessoal, há que se ter a “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida (ou sem o porte regular), ou, ainda, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos que permitam a prova de que o indivíduo está envolvido em práticas criminosas.

Note-se que a dificuldade que se apresenta é a definição do que seria a “fundada suspeita”. Ora, para não haver violação dos Direitos Fundamentais, positivados na Constituição, a abordagem policial não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade de sua realização. Esse tênue limiar relativo ao enquadramento do que seria “fundada suspeita” coloca o policial em um dilema. Se porventura proceda a abordagem fora dos limites de atuação, poderá lhe acarretar responsabilização, nos termos do artigo 25, da Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019), pois haveria a “obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito”. Igualmente poderá o policial ser responsabilizado por prevaricação (art. 319 do Código Penal), caso retarde ou deixe de “praticar indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

No intuito de aclarar o entendimento, Nucci (2016) diferencia a fundada suspeita da suspeita simples, a qual considera uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza. Assim, conforme o autor, para realizar uma abordagem, não basta ao policial desconfiar de alguém, sendo-lhe exigido algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver.

Arguindo sobre a abordagem preventiva, Lessa (2002) expõe que a abordagem preventiva é uma interpelação excepcional decorrente do poder de polícia, com razoabilidade e prévia suspeita instintiva objetiva, não de mera suposição, que possui natureza protetiva em relação a um indivíduo que representa algum tipo de perigo atual ou iminente para o policial ou para o público em geral, exigindo-se, assim, uma ação ativa (e jamais omissiva) dos órgãos de defesa social.

Elucida Lessa (2002) que suspeita instintiva objetiva (suspeita + instinto + fato concreto) ocorre quando da verificação de um comportamento que, em razão do contexto (cenário) ou de um fato (modo de ação), desperte no policial um instinto objetivo (ou seja, um alerta de perigo razoável, e não um mero capricho sem qualquer fundamento) que revele a probabilidade, a iminência ou um risco de ameaça à ordem pública ou à segurança de alguém, e que, por isso, exija uma pronta e obrigatória intervenção estatal. Nesses casos, note-se, não existe a fundada suspeita processual do art. 244 do CPP, mas sim uma suspeita instintiva objetiva de ameaça à ordem pública, o que não justifica a execução da abordagem e, tampouco, da busca.

Do exposto, verifica-se que o contexto social exige uma mudança comportamental por parte dos agentes encarregados do cumprimento da lei, desmitificando a ideia de que segurança pública e Direitos Fundamentais são campos de atuação antagônicos, pois, só assim, as instituições policiais

empregarão ferramentas para caminhar no sentido da consolidação de uma polícia cidadã. Nessas bases se deu a fundamentação da sentença Recurso no Habeas Corpus nº 158580 do Superior Tribunal de Justiça que trataremos a seguir.

4 RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 158580 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: GARANTISMO OU ATIVISMO JUDICIAL?

Para Pinho, Albuquerque e Sales (2019), desde a publicação de *Direito e Razão* (a primeira edição italiana data de 1989), a obra de Ferrajoli tem merecido a atenção de muitos que pretendem analisar (defendendo ou discordando) o garantismo jurídico. Citando a mesma obra, corrobora com a explanação Ippolito (2011) ao exprimir que o termo “garantismo” teve difusão internacional a partir da atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli, uma vez que seu pensamento suscitou um vasto e durável debate, influenciando profundamente a cultura jus penalista ibérica e sul-americana.

Nesse cenário, no presente trabalho valer-se-á do garantismo de Ferrajoli para a análise do RHC, de forma a revelar se a decisão se configura em garantismo. A referida teoria foi escolhida, tendo em vista, como explicita Ippolito (2011), o paradigma garantista do direito penal que se extrai desta teoria, embasar o inteiro arranjo da jurisdição como atividade cognitivo-normativa e não valorativo-potestativa, o qual é constituído pelo princípio da taxatividade ou da estrita legalidade.

Nesse contexto, o RHC diz respeito à alegação de que a prisão em flagrante do impetrante, posteriormente convertida em preventiva, pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas se deu em virtude de provas ilícitas colhidas com base na busca pessoal realizada pelos policiais no réu, porquanto justificada apenas pela alegação genérica de que ele estava em “atitude suspeita”. De início, verifica-se o voto do relator, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, que a revista no acusado foi feita com base apenas na alegação vaga de que estava em “atitude suspeita”, uma vez que não foi demonstrada a existência de fundada suspeita de posse de corpo de delito exigida pelo art. 244 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual se deve reconhecer a ilicitude da apreensão das drogas e demais objetos e, por consequência, de todas as provas derivadas.

A certeza por parte do relator de que a abordagem policial e posterior revista fora procedida sob a alegação de que o abordado se encontrava “em atitude suspeita” se origina na própria declaração do policial enquanto condutor no auto de prisão em flagrante, quando afirmou que em 05/09/2020, por volta das 00h30min, se encontrava na viatura 7810, em ronda pela Avenida Pará, bairro Ibirapuera, no município de Vitória da Conquista, quando a guarnição se deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita, num veículo motocicleta DAFRA 100cc, cor preta, placa JST-0530, com uma mochila nas costas.

Como se vê, a abordagem policial foi fundamentada em parâmetros unicamente subjetivos, sem indicar elementos que não passassem de mera desconfiança e indicassem a necessidade de sua realização. Entretanto, como demonstrado alhures, a fundada suspeita que justifica a realização da abordagem policial deverá ser baseada em dados concretos, posto que adentra na intimidade alheia, de forma a evitar a ocorrência de abusos por parte do Estado. É necessário, ainda, que a abordagem esteja relacionada “à posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

Por este fato, reconheceu-se a nulidade das provas obtidas a partir da revista feita pelos policiais, já que, segundo o relator do Recurso em comento, houve total ausência de descrição sobre o que motivou a suspeita, nem mesmo mínima, não há como relegar à instrução criminal a explicação sobre a conduta policial, porquanto interfere diretamente na validade dos elementos de informação e, por consequência, na própria existência de justa causa para o exercício da ação penal. Em complemento, argui o relator que o argumento narrado na decisão de primeira instância, de que se não houvessem sido encontrados objetos ilícitos, os fatos nem sequer teriam chegado ao conhecimento do Poder Judiciário ou do Ministério Público, porquanto nenhum flagrante teria sido lavrado, acabaria por legitimar toda e qualquer busca e apreensão ilegal, o que não se pode admitir.

Portanto, a conduta dos policiais afrontou o art. 5º, LVI, da Constituição de 1988 que expressamente afirma serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se da observância à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, adotada pelo Supremo Tribunal Federalⁱⁱⁱ, tendo o relator pontuado, ainda, sobre o racismo estrutural como uma situação que já vem sendo enraizado nas instituições policiais desde suas origens históricas. Em ato contínuo apresentou dados extraídos de pesquisas científicas realizadas nas polícias militares dos Estados do Mato Grosso, Pernambuco e Bahia, os quais demonstram que a maioria das abordagens realizadas pelos policiais se dá em jovens, negros, pessoas com menor grau de escolaridade e nos bairros da periferia.

Desse modo, quando o policial decidir pela abordagem policial, antes de efetuar o procedimento deverá se atentar em atender todos os requisitos legais requisitados para validá-la. Nesse ínterim, com o fito de orientar o desenvolvimento do trabalho policial no sentido da execução da abordagem da forma correta, o relator enumera em sua decisão algumas medidas a serem seguidas pelas instituições policiais e seus agentes, tais como, o uso de câmeras pelos agentes de segurança, gravação audiovisual das abordagens, instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

Pontua, ainda, o relator que as instituições policiais não são as únicas a merecer as críticas pelo padrão discriminatório que salta aos olhos nas abordagens policiais, sendo necessário que todos os

integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial, uma vez que estas práticas só se perpetuam porque encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto do Ministério Público, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

A decisão em pauta deixa claro o descompasso entre a normatização que fundamenta a abordagem policial e a prática, que a elas deveria se subordinar, motivo pelo qual o poder judiciário foi obrigado a intervir no sentido de melhor adequar a normatividade e a efetividade numa clara adoção dos pressupostos propagados pela teoria garantista, resgatando a possibilidade de se propiciar, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os Direitos Fundamentais existentes, o que, para Ferrajoli permite aferir a existência ou não de um direito, posto que trata da ideia de validade como uma forma de observação do garantismo.

Salienta-se que, no dizer de Trindade (2017), a teoria garantista de Ferrajoli, embora reconheça que existem espaços para a discricionariedade judicial, não admite que juízes possam criar direitos, advertindo para a necessidade de combater a discricionariedade decorrente do poder de disposição que invade a competência da esfera política, fato que se observa rotineiramente no judiciário brasileiro, sobretudo, pelo estímulo advindo da técnica da ponderação.

Entretanto, na decisão objeto da análise neste trabalho é possível verificar que foi proferida no limite da lei e vinculada à constituição e que atende à perspectiva garantista, a qual, segundo Trindade (2017) exige que a decisão judicial sejam condicionadas a quatro exigências internas: (a) a reconstrução da cadeia discursiva segundo a qual o juiz ao fundamentar sua decisão permite que se conheça os motivos que levaram o tribunal àquela interpretação; (b) a consistência ou recursividade que se traduz na necessidade das decisões reproduzirem ou reexaminarem aquilo que já foi estabelecido em decisões similares; (c) coerência, que diz respeito à necessidade de uma coerência material, ou seja, deve observar as normas substanciais que orientam a sociedade democrática; e (d) integridade, pela qual, o juiz está vinculado à lei e obrigado a fundamentar sua decisão respeitando a exigência da integridade do direito.

Portanto, verifica-se que na decisão proferida no Recurso no Habeas Corpus nº 158580 do Superior Tribunal de Justiça, o fundamento empregado foi garantista por considerar que a Constituição dentro do modelo existente, assegura construção de um Estado Democrático, destinado a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, em suma, os Direitos Fundamentais. Assim, ficou claro o critério a partir do qual o

relator chegou à sua decisão e que fora resultado de um argumento de princípio, aqui entendido como regra, uma vez que se baseou no texto constitucional o qual prevaleceu em função do princípio da especialidade, ou seja, a vedação do uso de provas ilícitas e marcado por sua imparcialidade e total respeito às garantias processuais.

5 CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, verificou-se que a democracia brasileira, que se fundamenta na noção de Estado Democrático de Direitos, da constitucionalização e da universalidade da cidadania, conforme previsão do art. 1º, da CF/1988, assim, não há mais espaço para o determinismo social, pelo qual as instituições policiais, ao invés de se pautar no livre arbítrio como fator de propulsão ao crime, atua sobre fatores exógenos e alheios ao agente. Nesse diapasão, coube ao Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais e preservar o regime democrático, entretanto, não podendo se afastar do Estado Constitucional de Direito, tendo como norteador a dignidade humana e a busca por impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais. Assim, o garantismo, foi apresentado como ferramenta viável para a efetivação do controle e limites ao exercício do poder judiciário, tendo o propósito de lhe garantir condições de legitimidade em suas decisões.

A abordagem policial é objeto de diversas previsões normativas, tanto em âmbito constitucional quanto no infraconstitucional. Contudo, ainda são relatadas arbitrariedades cometidas por policiais durante abordagens de cidadãos em locais com população de menor poder aquisitivo ou contra pessoas que se adequam aos rótulos imputados aos criminosos, em flagrante violação dos Direitos Fundamentais, que no seu bojo busca proteger os indivíduos sem distinção. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no Recurso no Habeas Corpus nº 158580, se manifestou acerca da busca pessoal justificada apenas pela alegação genérica de que ele estava em “atitude suspeita”. Restou comprovado nos autos que não foi demonstrada a existência de fundada suspeita exigida pelo art. 244 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual foi reconhecida a ilicitude da apreensão das drogas e demais objetos e, por consequência, de todas as provas derivadas.

Para o relator do Recurso no Habeas Corpus nº 158580 a conduta dos policiais afrontou o art. 5º, LVI, da Constituição de 1988 que expressamente afirma serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Trata-se da observância à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada a qual se encontra presente implicitamente em nossa Constituição. A partir dos resultados do estudo, percebe-se que a hipótese norteadora da pesquisa foi confirmada, uma vez que a decisão se mostrou acertada diante da consolidação do paradigma do Estado Constitucional de Direito, cabe ao Poder Judiciário garantir os Direitos Fundamentais e preservar o regime democrático e se mostrou limitada

aos marcos materiais se enquadrando à teoria do garantismo jurídico que tem como alicerce as liberdades individuais oriundas da doutrina iluminista, com o objetivo de agregar instrumentos jurídicos para a limitação do poder soberano, restringindo os poderes da república.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio França Adorno de. **A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea.** Tese (concurso de livre docência em Ciências Humanas) – Departamento de Sociologia, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 282. 1996. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down187.pdf>. Acesso em: 16 out. 2023.

_____. Medo, Violência e Insegurança. In: **Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel?** Orgs. Renato Sérgio de Lima; Liana de Paula. São Paulo: Contexto, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 158580 – BA.** Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal. Brasília, DF: STJ, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RHC%20158580%20Ministro%20Rogerio%20Schietti%20Cruz.pdf>. Acesso em: 2 set. 2023.

BRUNO NETO, Francisco. **Constituição federal: academicamente explicada.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Poder de Polícia.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CURY, Nafêz Imany Sinício Abud e OLIVEIRA, Marcos Antônio Nunes de. **Preservação da ordem pública: atribuição constitucional das Polícias Militares.** São Paulo: CAES, 1998. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/4199/1/Preserva%C3%A7%C3%A3o%20da%20Ordem%20P%C3%BAblica_atribui%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%20das%20pol%C3%ADcias%20militares.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico.** 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. Salvador: Jus Podvim, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli.** Org. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Ka5rram Trindade, Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 3(1): p. 34-41, jan./jun. 2011

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSA, Renato. **Democracia: teoria e prática**. Org. Renato Monseff Perissinotto e Mário Fuks. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 33-51.

MOREIRA, Marcus Giovani Ribeiro e FROTA, Francisco Horácio da Silva. Elemento Suspeito: considerações psicossociais e jurídicas das abordagens policiais. In: **Conhecer: debate entre o público e o privado**, [S. l.], v. 4, n. 11, p. 102-128, 2014. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1088>. Acesso em: 2 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva et SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” *Made in Brazil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jur.** – RIHJ, Belo Horizonte, a. 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SABOIA, Jéssica Ramos e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 2, p. 53-74, mai./ago. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos humanos fundamentais: retórica e historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Org. Lenio Luiz Streck, São Paulo: Juspodivm, 2017, p. 75-103.

VARES, Sidnei Ferreira de. Os fatos e as coisas: Émile Durkheim e a controversa noção de fato social. In: **Ponto e Vírgula**, PUC SP, n. 20, segundo semestre de 2016, p. 104-121. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula/article/viewFile/31168/21605>. Acesso em 2 fev. 2024.

XAVIER, Antônio Roberto. A Segurança Pública no Estado Democrático de Direito. In: **Conhecer: debate entre o público e o privado**, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 42-69, 2021. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1323>. Acesso em: 2 set. 2023.

NOTAS

ⁱ Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse [sic] ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse [sic] público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade [sic] pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

ⁱⁱ Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

ⁱⁱⁱ 1. Mandado de Segurança. 2. Direito administrativo. 3. Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU). 4. Uso de provas oriundas de interceptações telefônicas obtidas no âmbito da “Operação Navalha”. 5. Provas declaradas nulas pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.732. 6. Doutrina dos frutos da árvore envenenada. 7. Valoração das provas ilícitas pelo TCU em controle externo. 8. Impossibilidade. 9. Segurança concedida. (RE 1358185 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 01- 06-2022 PUBLIC 02-06-2022).