

A ABORDAGEM POLICIAL EM VIA PÚBLICA

Olivia Teixeira Busnardo¹

Mauro Bley Pereira Junior²

Resumo: Apresenta-se precedente de ilegalidade na abordagem policial em via pública, que se contrapõe à necessidade da ação policial, verificando-se a possibilidade de *distinguishing* para análise dos casos concretos.

Palavras-Chave: Abordagem Policial em Via Pública. Ação policial. *Distinguishing*.

Sumário: 1. Introdução – A ilegalidade na abordagem policial. 2. A necessidade da ação policial. 3. Conclusão – Possibilidade de *Distinguishing*.

1. INTRODUÇÃO – A ILEGALIDADE NA ABORDAGEM POLICIAL.



As abordagens policiais em via pública devem ocorrer com o devido respeito às regras legais, e com motivação que indique sua efetiva necessidade.

Não é incomum, em inquéritos policiais, ações penais e recursos, haja afirmações que, na busca pessoal após a abordagem policial, houve violação aos preceitos dos artigos 241 e 244 do Código de Processo Penal.

Dispõem os mencionados artigos de lei:

¹ Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal Aplicados. Estagiária de Pós-Graduação em Gabinete de Magistrado no Tribunal de Justiça do Paraná.

² Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná.

“Art. 241 - Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.”

“Art. 244 - A busca pessoal independe 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.”

Considera-se ilegal a abordagem quando fundada unicamente nas condições do local, na circunstância de prévia abordagem à mesma pessoa e na percepção subjetiva dos policiais.

A circunstância de, no local, ter sido verificada a prática de crimes, e de a pessoa abordada ser conhecida pelos policiais pela prática de crimes, não justifica a abordagem.

Os objetos que constituam corpo de delito, encontrados na abordagem policial ilegal, são provas ilícitas, implicando na impossibilidade de inquérito ou ação penal, adotando-se a “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

Tal teoria, que surgiu no direito norte-americano, estabelece que toda prova produzida em consequência de uma descoberta obtida por meio ilícito, como uma abordagem ilegal, estará contaminada pela ilicitude, sendo considerada ilícita por derivação.

Sobre tal matéria, verifica-se relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou ilegal a busca pessoal, sem mandado judicial, devendo a polícia trazer elementos objetivos para a efetiva caracterização da fundada suspeita.

Nesse sentido, informações de inteiro teor de precedente referente ao tema da busca pessoal prevista no art.244 do CPP, em que se analisa a ausência de fundada suspeita, a insuficiência da alegação vaga de “atitude suspeita” e a ilicitude da prova obtida.

Consta da decisão:

“Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada

suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

Entretanto, a norma constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP.

O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita de posse de corpo de delito" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a

medida.

A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal - vulgarmente conhecida como "dura", "geral", "revista", "enquadro" ou "baculejo" -, além da intuição baseada no tirocínio policial:

- a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora - mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre -, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;*
- b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;*
- c) evitar a repetição - ainda que nem sempre consciente - de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.*

Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos - diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas - pode fragilizar e tornar irritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.

A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais - em verdadeiros "tribunais de rua"

- cotidianamente constroem os famigerados "elementos suspeitos" com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.

Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª Turma, DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF 635 ("ADPF das Favelas", finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso - em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC 598.051/SP - reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale 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".

Mesmo que se considere que todos os flagrantes decorrem de busca pessoal - o que por certo não é verdade -, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%; isto é, de cada 100 pessoas revistadas pelas polícias brasileiras, apenas uma é autuada por alguma ilegalidade.

Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da "porta de entrada" no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a

pretexto de combater a criminalidade, encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público - a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e o papel de custos iuris -, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

Nessa direção, o Manual do Conselho Nacional de Justiça para Tomada de Decisão na Audiência de Custódia orienta a que: "Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, conseqüentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal".

No caso, a guarnição policial "deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita" e, ao abordá-lo e revistar sua mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta "atitude suspeita", algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [1]

Pelo citado precedente, deve ocorrer fundada suspeita antes da ocorrência da abordagem, devendo levar em conta o local, o contexto, bem como o comportamento do indivíduo, sendo necessária uma análise caso a caso para verificar sua efetiva necessidade e possibilidade.

A fundada suspeita é o principal foco de discussão. De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

"Fundada Suspeita: é requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando,

ainda, de 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. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente” [2]

Nesse sentido, observa-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSUAL EM VIRTUDE DA ABORDAGEM POLICIAL SEM "FUNDADA SUSPEITA" DE QUE O ACUSADO PORTAVA OBJETOS ILÍCITOS – ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR – POLICIAIS MENCIONARAM APENAS QUE ESTAVAM EM DESLOCAMENTO PARA ATENDEREM UMA OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E, NO TRAJETO, VIRAM O ACUSADO ERIK E OUTRO INDIVÍDUO, NO LOCAL CONHECIDO POR TRÁFICO DE DROGAS, QUE AO PERCEBEREM A PRESENÇA DA VIATURA POLICIAL, TENTARAM SE EVADIR – INEXISTÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA A AUTORIZAR O "ENQUADRO" - CASO CONCRETO É TÍPICO EXEMPLO DE ABORDAGEM E REVISTA EXPLORATÓRIA ("FISHING EXPEDITIONS") REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR, BASEADA EM SUSPEIÇÃO GENÉRICA EXISTENTE SOBRE INDIVÍDUOS, ATITUDES OU SITUAÇÕES, SEM RELAÇÃO ESPECÍFICA COM QUALQUER DELITO OU ATO ILÍCITO (POSSE OU TRÁFICO DE DROGAS, POR EXEMPLO) QUE CONSTITUA CORPO DE DELITO DE UMA INFRAÇÃO PENAL, SENDO QUE O ARTIGO 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO AUTORIZA BUSCAS PESSOAIS PRATICADAS COMO "ROTINA" OU "PRAXE" DO POLICIAMENTO OSTENSIVO, COM FINALIDADE PREVENTIVA E MOTIVAÇÃO EXPLORATÓRIA, MAS APENAS BUSCAS PESSOAIS COM

FINALIDADE PROBATÓRIA E MOTIVAÇÃO CORRELATA - O FATO DE TEREM SIDO ENCONTRADOS OBJETOS ILÍCITOS (INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE) APÓS A REVISTA NÃO CONVALIDA A ILEGALIDADE PRÉVIA, POIS É NECESSÁRIO QUE O ELEMENTO "FUNDADA SUSPEITA DE POSSE DE CORPO DE DELITO" SEJA AFERIDO COM BASE NO QUE SE TINHA ANTES DA DILIGÊNCIA - PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - NÃO INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 301 OU 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ILCITUDE DA PROVA OBTIDA - RECURSO PROVIDO, ABSOLVENDO-SE O ACUSADO, COM A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO” [3]

2. A NECESSIDADE DA AÇÃO POLICIAL

Compete ao Estado, através de órgãos policiais, a segurança pública, em especial nas vias públicas, a fim de permitir o regular exercício da liberdade individual.

Acerca da segurança pública, prevê o art. 144, da Constituição Federal:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.”

A ação da Polícia Militar se destina à preservação da ordem pública, à polícia ostensiva, à execução de atividades de defesa civil, além de outras atribuições previstas na legislação Federal e Estadual.

A Polícia Militar, conforme se observa em todos os estatutos, deve agir preventivamente como força de dissuasão e

repressivamente em caso de perturbação da ordem, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a preservação da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos.

É dever da polícia a promoção e preservação da segurança e ordem pública, com o intuito de proteção da sociedade, sempre observando o regular cumprimento dos direitos humanos, sendo sua ação realizada de forma visível, sinalizada através de uniformes, viaturas caracterizadas ou distintivos de identificação dos policiais.

A ação é sempre direcionada a atos ilícitos em andamento ou que recém aconteceram e também, de forma preventiva, quando se verifique situação que gere suspeita de prática de crime, e, dessa forma, não há como afastar a possibilidade da ação do policial, baseada na experiência de sua atividade, ao suspeitar de certos comportamentos de indivíduos em via pública.

Assim como os profissionais da área de saúde ou outras áreas específicas observam, à primeira vista, uma situação que exige sua intervenção, o policial, ao observar situação ou comportamento que exige sua atuação, realiza a abordagem visando à proteção do interesse coletivo de segurança, e não pretendendo causar constrangimento.

A abordagem pessoal em via pública objetiva a manutenção da ordem e trata-se de ato em prol da segurança pública.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal observou essencial a atividade policial para a segurança pública e considerou que esta função também cabe aos Guardas Municipais, mesmo que eles não estejam no rol taxativo do art. 144 da Constituição Federal.

Extrai-se trecho do acórdão de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes acerca do tema:

“O poder público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, precisa ser eficiente, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade; bem como

zelando pela vida e integridade física de seus agentes, que são os verdadeiros instrumentos de atuação estatal em defesa da Sociedade.

[...]

No exercício da atividade de segurança pública do Estado, a eficiência exigida baseia-se na própria Constituição Federal, que consagrou a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e determinou que seja exercida com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de seus dois grandes ramos, a polícia judiciária e polícia administrativa.

[...]

É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; bem como seu total distanciamento em relação ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

É necessária a soma inteligente de esforços institucionais para combater as organizações criminosas, a criminalidade violenta e a corrupção, que, lamentavelmente, ceifam milhares de vidas todos os anos e atrapalham o crescimento de nosso país. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao Parlamento, com base no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII), referindo-se expressamente ao dever dos municípios de implantar programas, ações e projetos de segurança pública, com liberdade de organização e funcionamento (§ 4º do mesmo dispositivo).

Atualmente, portanto, não há nenhuma dívida judicial ou legislativa da presença efetiva das Guardas Municipais no sistema de segurança pública do país.

Foi diante dessa realidade que já me pronunciei no sentido de que a periculosidade das atividades de Segurança Pública sempre é inerente à função, inclusive no que diz respeito às Guardas Municipais.

Todas essas considerações conduzem à conclusão segundo a qual as Guardas Municipais integram o Sistema Único de

*Segurança Pública.**[...]**O quadro normativo constitucional e legal, bem como o posicionamento jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).” [4]*

Ante o exposto, verifica-se que a segurança pública é de fundamental importância social e é um dever dos órgãos policiais.

A busca pessoal, dessa forma, é atividade regular, e pode ser baseada em comportamentos que indiquem especial nervosismo à vista do policial fardado, ou mesmo sinais de que a pessoa estaria portando objetos ilícitos, ou pretendendo ação delituosa.

A percepção pessoal do policial, nesses casos, indicando atitude suspeita, deve ser regularmente considerada, não se podendo considerar pela ilegalidade, em especial quando se verifica a apreensão de objetos ilícitos, o que ocorre na acentuada maioria das abordagens policiais.

Nesse sentido, verifica-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O AGRAVANTE FOI CONDENADO COMO INCURSO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 À PENA DE 8 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, MAIS O PAGAMENTO DE 799 DIAS-MULTA. 2. NÃO SE VISLUMBRA QUALQUER ILEGALIDADE NA ATUAÇÃO DOS POLICIAIS NA BUSCA PESSOAL, AMPARADOS QUE ESTÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA ABORDAR QUEM QUER QUE ESTEJA ATUANDO DE MODO SUSPEITO OU FURTIVO, NÃO HAVENDO RAZÃO PARA MANIETAR A ATIVIDADE POLICIAL SEM INDÍCIOS DE QUE A ABORDAGEM OCORREU POR PERSEGUIÇÃO PESSOAL OU PRECONCEITO DE

RAÇA OU CLASSE SOCIAL. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. [5]

3. CONCLUSÃO – POSSIBILIDADE DE *DISTINGUISHING*

Não se pretende, neste estudo, asseverar que há equívoco nos precedentes judiciais que observam ilegalidade na abordagem policial em via pública.

Como afirma o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior, as decisões judiciais integram, com a lei, o ordenamento jurídico brasileiro. Afirma o autor:

“Direito positivo, podemos dizer genericamente, é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado. Se o “legalismo” do século XIX entendeu isso de modo restrito e unilateral, reduzindo o Direito à lei enquanto norma posta (positivada) pela vontade do legislador, a norma jurídica atual tratou de reinterpretar o fenômeno da positivação, procurando superar as dificuldades e limitações da doutrina anterior. Positivação e decisão são termos correlatos. Decisão é o termo que tomamos num sentido lato, que ultrapassa os limites da decisão legislativa, abarcando também, entre outras, a decisão judiciária, na medida em que esta pode ter também uma qualidade positivante, quando, por exemplo, decide sobre regras costumeiras.” [6]

Os precedentes judiciais, portanto, são decisões judiciais proferidas em casos concretos submetidos ao Poder Judiciário, cujos fundamentos permitem decisões em casos análogos. Porém, não é todo julgamento que se presta como precedente judicial, sendo que, para tanto, é necessário que se verifique uma adição hermenêutica, ou seja, uma ampliação interpretativa da lei.

O precedente judicial não encerra uma verdade absoluta ou mesmo uma regra fechada e obrigatória, mas o ponto de partida para a solução de casos concretos similares.

Nesse sentido, Juraci Mourão Lopes Filho assevera:

*“Precedente é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que*

tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais) seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. [7]

Observando-se que não se verifica a necessária submissão do órgão julgador ao precedente, afigura-se a possibilidade de afastamento de sua aplicação, adotando-se o instituto da distinção, também chamado “distinguishing”.

Luiz Guilherme Marinoni, nesse sentido, observa que “distinguishing” expressa a “*distinção entre os casos para o efeito de subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente*”. [8]

Conforme assevera Eduardo Novacki:

“É uma análise operativa realizada pelo órgão julgador do caso atual que, ao promover seu cotejo analítico com o caso paradigmático, reputa que as circunstâncias de ambos não autorizam a aplicação da solução anteriormente naquele para este.

Neste caso, a força do precedente resta imaculada e somente não se aplica a tese jurídica do caso paradigmático ao atual porque se reputa que este possui relevantes peculiaridades que o diferenciam daquele onde se formou e estruturou o precedente.

Através da distinção se verifica que a ratio decidendi do precedente não se mostra capaz de ser aplicada e resolver o caso em julgamento porque os fatos relevantes, também denominados fatos materiais, de ambos os casos são diferentes, a justificar soluções diferentes.” [9]

Adotando-se o *distinguishing*, verifica-se decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que observa a legalidade da abordagem policial em via pública:

“APELAÇÃO CRIME. DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/03). ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL CAUSADA PELA ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PRÉVIA. INOCORRÊNCIA. ABORDAGEM REALIZADA DIANTE DE

FUNDADA SUSPEITA EXTRAÍDA DO CONTEXTO. PROCEDIMENTO REGULAR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR NOMEADO. DEFERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. “(...) NÃO HÁ SE FALAR EM IRREGULARIDADE DA REVISTA PESSOAL QUANDO A AÇÃO POLICIAL FOI PROVOCADA PELA ATITUDE SUSPEITA DO INFRATOR.”

Extrai-se o trecho do acórdão supracitado acerca da fundada suspeita verificada através do contexto, bem como da atuação da Polícia Militar:

“Observa-se que a equipe policial realizava patrulhamento, quando avistou um veículo Gol de cor preta, parado em via pública, momento em que a equipe policial já levantou suspeita sobre a pessoa do apelante. Em seguida, o réu, ao visualizar a viatura policial, ficou extremamente nervoso, bem como demonstrou inquietação.

[...]

Convém reforçar que a Polícia – civil, militar, guarda municipal –, em regra, utiliza tal procedimento (revista pessoal e veicular) como instrumento de proteção da segurança pública. Certo é que tal procedimento esbarra nos limites do direito individual de privacidade, todavia tal situação nunca será absoluta no sentido de obstar irrestritamente uma revista pessoal ou veicular em detrimento da segurança pública, mormente se, do ato, o fundado receio se concretiza no desvelo de um crime permanente.

[...]

Acredita-se que o excesso de formalismo é tão prejudicial quanto sua ausência, e, no caso, exigirem-se minúcias no proceder de policiais experientes, quando o contexto, compreendido conforme explanado, denota que a abordagem em análise visou a resguardar a segurança pública - não foi em vão ou desmotivada.

A literal interpretação de dispositivos legais e o formalismo judiciário na análise dessas situações poderão inibir a atuação policial em suas primordiais atividades, com sensível perda da sociedade em termos de segurança pública.

O Poder Judiciário não pode fechar os olhos para tais situações, entendendo como se fossem irrelevantes para a sociedade, ensejando uma absolvição como se nada de grave tivesse ocorrido.

A ser assim, admitem-se entendimentos diferentes, sendo imperioso basear as decisões em observância à razoabilidade e com a cautela necessária, não podendo a atuação do Poder Judiciário refrear a importante atuação das forças de segurança.” [10]

Portanto, é necessária a devida análise, caso a caso, para a aplicação dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que apontam ilegalidade na abordagem policial.

Deve ser reconhecida a importância social, em especial para a segurança pública, da atuação de policiais na abordagem de pessoas em via pública.

É possível *distinguishing* para ser observada a regularidade da abordagem policial fundada em suspeita pelo contexto e pela experiência do policial.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Informativo nº 735 de 09 de maio de 2022, Sexta Turma, RHC 158.580-BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022.
- [2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.667/668.
- [3] BRASIL, SÃO PAULO, Tribunal De Justiça - 12º Câmara de Direito Criminal - AP CRIM nº 1503152-57.2022.8.26.0536 - Rel. Desembargador HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA. DJe 06/09/2023.
- [4] BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 995 – Distrito Federal - Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, julgada em 19/10/2023, DJe 25/10/2023

- [5] BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Quinta Turma, AGRG NO HC 746.064 /SP, REL. MIN. RIBEIRO DANTAS, julgado em 28/10 /2022, DJe 03/11/2022.
- [6] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.210-211.
- [7] LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.451.
- [8] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.232.
- [9] NOVAKI, Eduardo. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fortalecimento da segurança jurídica através do respeito aos precedentes judiciais*. São Paulo: Editora Dialética, 2023, p.116.
- [10] BRASIL, PARANÁ, Tribunal de Justiça - 2ª Câmara Criminal -. AP CRIM nº 0017185-39.2020.8.16.0031 - Rel.: Desembargador JOSÉ MAURICIO PINTO DE ALMEIDA, julgado em 31.07.2023, DJe 14.08.2023.