



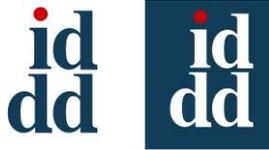
HONORÁVEL PRESIDENTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E
NOBRES MEMBROS

Ref. Caso 12.315 - Alberto Fernandez Prieto & Carlos Alejandro Tumbeiro vs. Argentina

O INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS

(IDDD), organização da sociedade civil brasileira de interesse público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade nº 65, 11º andar, cj. 1101, Brasil, neste ato representado pelos Presidentes de seu Conselho Deliberativo e Diretoria (docs. 1), por seu diretor de litigância estratégica, por seus associados membros do grupo de litigância estratégica e por sua assessora de litigância estratégica (doc. 2), todos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, com apoio de alunos da graduação em direito da FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS de São Paulo¹, com fundamento no artigo 44 do Regulamento dessa Corte Interamericana, vem

¹ Nossos agradecimentos aos alunos cujas pesquisas subsidiaram este trabalho: Adolfo Francesco, Alessandro Marmonti, Ana Carolina Chiconi Malnarcic, Ana Carolina De Mello Said De Moraes, Ana Flávia Sorgini Peterlini, Ana Luiza Secco, Anna Flávia Magalhães Brito, Beatriz Girão Sinnes, Bruno Andre Grubits De Oliveira Freire, Caio Jannini Sawaya Oliveira, Carlos Eduardo Rahal R. De Carvalho, Chiara Mori Passoni, Clara Silva Batista, Estefany Rocha Monteiro, Felipe Cintra de Barros Ribeiro Conrado, Gabrielle Miky Inoue, Giovana Cavalca Meirelles Reis, Giovana De Oliveira Ibrahim, Giulia Dutra Mattioli, Giuliana Aversari Coelho, Helena Micaela Ygosse Battisti, Isabela Do Patrocínio Ceccarelli, Isabella Caroline Cristino, Júlia Hall-Nielsen Fraige, Julia Libeskind, Julia Mendes Orsi, Júlia Piazza Leite Monteiro, Julia Soave Garcia, Juliana Reimberg, Laura Arruda Fiorotto, Laura Mastroianni Kirsztajn, Laura Nami Sanches, Leandro Felipe Barbosa, Livia Baroni Flora, Luisa Marques De Azevedo Giannini, Luiza Castelo Vieira,



2.

requerer sua admissão como *amicus curiæ* no Caso n. 12.315 - Fernandez Prieto & Tumbeiro vs. Argentina, expondo adiante os fundamentos pelos quais entende que o pedido deve ser deferido.

I – LEGITIMIDADE E INTERESSE DO IDDD PARA ATUAR COMO AMICUS CURIÆ

O presente Caso tem como objeto duas petições da Defensoría General de la Nación, que trouxeram à CIDH pedidos de responsabilização internacional da República da Argentina em razão das detenções ilegais e arbitrárias de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PRIETO e CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO.

Em razão das similitudes entre os dois casos, os procedimentos foram apensados e tramitam conjuntamente. Em ambos, a Defensoria narra que as detenções que desencadearam os processos criminais ocorreram sem ordem judicial, em razão de abordagens policiais aleatórias, desencadeadas por supostas e inespecíficas atitudes suspeitas das vítimas, violando os direitos à liberdade, às garantias judiciais e à proteção judicial².

Depois de décadas de vigências dos acordos internacionais violados por abordagens policiais discricionárias e baseadas em preconceitos, é estarrecedor que

Maria Alice Del Ponte Camiña Moreira, Maria Beatriz Cardoso Nascimento, Maria Cristina Mendes De Oliveira, Maria Julia Fujiwara Tobase, Natan Dias Santiago Júnior, Nathália Basilio, Nathalia Carvalho Dutra, Nina Goldman Cavalcanti, Paula Cogliati Boccardo, Paulo Fazzi Rego Barros, Rafaella Coutinho Monesi, Rafaella Teixeira Pereira, Rodolfo Henrique Oliveira Rodrigues, Sanderson Raphael De Lima, Stella Ferreira Dos Santos, Victor Gabriel Bolonhez Takeda, Vinícius Della Barba Braschi.

². Direitos estabelecidos nos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 11.2 e 25.1, e garantias previstas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.



3.

eventuais provas obtidas sirvam, de um lado, para justificar o fim obtido por meios abusivos e, de outro, para fundamentar sentenças condenatórias.

Ainda assim, esta realidade não é exclusiva do Estado argentino. No Brasil, tais violações e suas drásticas consequências têm sido acompanhadas de perto pelo INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD).

O IDDD é organização não governamental cujo objetivo institucional é a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 3). Para consecução da citada finalidade social, por meio também de sua atuação em litigância estratégica, o peticionário busca “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição Federal, tais como presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal” (doc. X).

Dentre as diferentes frentes de atuação, o IDDD desenvolve, desde 2018, o projeto “Prova Sob Suspeita”, voltado a combater a utilização indiscriminada de indícios coletados sem respeito às regras constitucionais e legais, e até mesmo epistemológicas, e que, usualmente, tornam-se o principal ou mesmo único fundamento de condenações criminais.

A aceitação de indícios frágeis para sustentar condenações serve, hoje, para agravar o quadro de encarceramento em massa, mas também enfraquece, de forma visível, a segurança jurídica que deveria ser inerente às ações penais. Especialmente porque a palavra de agentes das forças policiais é recebida com destaque nesses



4.

processos e tornando-se a principal ou, muitas vezes, a única motivação das decisões condenatórias. Ao mesmo tempo, e conforme é exposto pelo projeto do IDDD, as abordagens policiais realizadas pelo Estado brasileiro também são marcadas por ampla (e quase total) discricionariedade do agente de segurança e, via de consequência, profundamente racializadas.

Consequência direta dessa racialização é refletida de forma clara no perfil da população carcerária brasileira, como se verá.

Realidades – do sistema carcerário e do exercício discricionário e violento da força estatal – que não são exclusivas nem da Argentina, nem do Brasil. Eis porque, a presente petição de habilitação demonstra não só a existência, também no Brasil, de idênticos desrespeitos aos direitos humanos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, como também a relevância, para todo o continente, do diagnóstico e do debate sobre o uso arbitrário das buscas pessoais pelas autoridades de segurança pública, validadas de forma indiscriminada pelo Poder Judiciário de diversos países do continente. Daí o interesse do IDDD em requerer que essa C. Corte Interamericana estabeleça critérios internacionais para a realização de abordagens policiais – o que passa a fazer.

II – TEMPOS COMPARTILHADOS: ANÁLISE DAS SIMILITUDES ENTRE BRASIL E ARGENTINA

a) Um passado comum

Em 1992, FERNÁNDEZ PRIETO teve seu veículo revistado pela polícia de Mar del Plata sem que, no entanto, tenha-se podido justificar que circunstâncias do caso

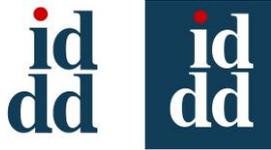


5.

individual qualificavam-se como atitude suspeita – salvo se a atitude de circular em veículo automotor na companhia de dois outros passageiros pudesse ser, por si só, qualificável como atitude suspeita. Mas nessa hipótese, *ad argumentandum tantum*, a revista deveria ser imposta a todas as situações que preenchessem tão fácil condição de aplicação, o que simplesmente não acontece. E não pode mesmo acontecer porque a intervenção estatal no âmbito de direitos fundamentais só se justifica em estado de flagrância ou diante de circunstâncias que possam ser qualificadas como constitutivas de uma atitude suspeita. Algum comportamento que fuja à normalidade dos comportamentos rotineiramente realizados nos contextos sociais e urbanos.

Já em 1998, CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO caminhava quando foi abordado por autoridades policiais. Ele foi conduzido à viatura policial e neste lugar, diante de testemunhas (reunidas pelos policiais) foi despido. De acordo com o relato dos policiais, algo semelhante à cocaína foi encontrado no interior de um jornal que carregava; TUMBEIRO alegava o jornal não era seu e já se encontrava no banco de trás da viatura policial. Como circunstâncias que lhes teriam levado a abordar o cidadão, os policiais alegaram “estado de nervosismo”, a explicação dada pelo então investigado de que procurava uma loja de materiais informáticos, inexistente no bairro em questão e, finalmente, que as roupas que usava não eram condizentes com a localidade.

O que o *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro* narra é, acima de tudo, uma realidade histórica de muitos países da América Latina. Uma narrativa que tem como ponto central a utilização de preconceitos e estereótipos pautando uma ação estatal e policial marcada pela violência e pelo insistente desrespeito a garantias e direitos fundamentais.



6.

A repetição da realidade argentina no Brasil (e em outros tantos países) é quase instintiva, afinal, a história recente, de exceção democrática e de violência de ambos os países, também caminhou de forma paralela.

Os dois países passaram, nas décadas de 60 a 80, por violentos governos não democráticos que foram, em ambos os casos, marcados pela violência estatal e pela tortura. Ações que tinham um grupo que era visto como inimigo do Estado como alvo, as delegacias como palco e os policiais como autores e testemunhas.

A Argentina viveu, na década de 70, uma das mais sangrentas ditaduras da história da América Latina, marcada por sequestros, desaparecimentos e mortes de opositores do governo. A atuação da polícia, naquele período, teve efeitos duradouros. Em 2001, repercutiu internacionalmente a notícia de que a “Polícia da Argentina utiliza técnicas de tortura da ditadura”, conforme narrado em documento divulgado por quatro juízes federais daquele país. De acordo com um dos subscritores, o juiz RODOLFO CANICOBA CORRAL, a prática ilegal e desumana era “um resquício autoritário na formação policial”, afinal, “muitas autoridades de mais alta patente hoje eram funcionários policiais na época da ditadura militar”. O que foi também registrado no relatório anual do Centro de Estudos Legais e Sociais (Cels)³.

A herança daqueles tempos sombrios ultrapassa o uso da tortura e alcança, também, as detenções arbitrárias levadas a essa C. Corte Interamericana: a prática e os autores são os mesmos; a diferença reside na substituição dos opositores políticos pelos jovens integrantes da população mais vulnerável.

³ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0309200106.htm>



7.

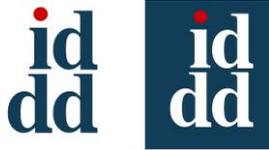
No Brasil, a história se repete. A Polícia Militar é a responsável pelo policiamento ostensivo e, portanto, pela prática de abordagens para revista sem mandado judicial. Trata-se de instituição criada em 1970 por decreto da ditadura militar iniciada no Brasil em 1964. A ligação entre a violência policial e a ditadura militar brasileira já é ponto pacífico no país. A título de exemplo, a Comissão da Verdade do Estado de São Paulo destacou em seu trabalho que “a Polícia Militar foi e continua sendo um aparelho bélico do Estado, empregada pelos sucessivos governantes no controle de seu inimigo interno, ou seja, seu próprio povo”⁴.

A conduta e, especialmente, a mentalidade policial que resultou desses processos ditatoriais são experimentados até os dias atuais nos dois países. Afinal, ainda que o estereótipo alvo tenha se alterado – os opositores dos regimes de exceção foram rapidamente substituídos por minorias socioeconômicas e raciais – a conduta subjetiva e reprovável permaneceu como regra.

No Brasil, a polícia foi reconhecida como aquela que “mais mata” no mundo. Um legado violento, inaceitável e que o Brasil ainda não conseguiu superar, conforme reconhecido por essa C. Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

Os pontos em comum entre Argentina e Brasil não ficam apenas na origem histórica dessa violência. Em ambos os países, as abordagens policiais marcadas pela intimidação têm espaço amplo, pois não contam com qualquer tipo de baliza legal mais concreta ou minimamente tangível – o que afronta direitos e garantias essenciais e configuram abusos diuturnamente condenados pelas Cortes Internacionais.

⁴ <http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/parte-i-cap7.html>



b) Um presente marcado por um vazio legal e excessos policiais

Na legislação brasileira, a abordagem policial pode ser feita sem mandado judicial, desde que haja “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito” (art. 240 do Código de Processo Penal).

Da leitura da legislação, fica evidente que a busca pessoal tem como objetivo primordial a obtenção de provas. Contudo, assim como ocorre em outros países e na própria Argentina, as abordagens policiais são antes utilizadas como forma de policiamento ostensivo, no combate ao crime.

Este segundo uso das abordagens policiais produz números alarmantes: em 2013 a Polícia Militar realizou **14 milhões de abordagens** apenas no Estado de São Paulo⁵. O grande número de abordagens só é possível porque a legislação brasileira traz termo que autoriza alto grau de subjetividade e sem parâmetros concretos, legais ou jurisprudenciais. Apesar de utilizar o termo “fundada suspeita” como limite à atuação policial na abordagem sem mandados judiciais, não traz nenhum parâmetro sobre o que poderia caracterizar essa suspeita.

Como se vê, a legislação é tão genérica quanto à argentina, cujo motivo da abordagem policial tratado no caso em debate é a “atitude suspeita”.

⁵ Conforme pesquisa realizada pelos estudantes da FGV sobre os dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo – SSP/SP.



Caberia, teoricamente, ao Poder Judiciário a tarefa de delimitar o que a legislação não definiu como fundada suspeita que justificasse abordagem policial. No entanto, também não é o que se verifica no Brasil.

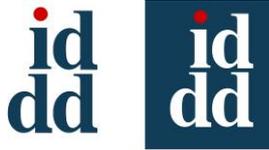
No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência traz poucos resultados de pesquisa quando se busca por critérios objetivos que fundamentam suspeita para abordagem policial. O mais relevante é a decisão proferida no HC 81.305, julgado em 2012, no qual tentou-se buscar alguma definição ao apontar que a suspeita “não pode fundar-se apenas em parâmetros apenas subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa”⁶. No caso, a abordagem teria ocorrido em razão das vestimentas do alvo da ação policial.

O precedente, contudo, não repercutiu nos demais tribunais e busca semelhante realizada no banco de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (o maior do país) traz constatações preocupantes.

Algumas decisões aceitam como lícita a indefinição do termo “fundada suspeita”, constante da lei. Chegam, inclusive, a apontar que o termo seria mesmo inteiramente subjetivo – o que, por si só, fere o princípio da legalidade. Repete-se, por exemplo, que “a ‘fundada suspeita’ exigida pelo art. 244, do Código de Processo Penal⁷,

⁶ STF, HC 81.305/GO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 13.11.2012, Primeira Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 08/10/2019

⁷ “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”.



10.

reflete **conceito fluido e indeterminado**⁸ ou exige-se “somente o elemento subjetivo que é a **desconfiança intuitiva** da autoridade policial”⁹.

Não bastasse, o Tribunal brasileiro também encampa de forma inadvertida definições discriminatórias sobre o que poderia ser considerado “fundada suspeita”, autorizando – exatamente como ocorre nos casos argentinos – a abordagem em razão de “nervosismo”, “denúncia anônima” e local onde estavam os alvos da abordagem.

A situação agrava-se porque a quantidade de abordagens não é, nem sequer minimamente, proporcional à quantidade de prisões em flagrante efetivamente realizadas. O que significa dizer que as ações policiais, apesar de excepcionarem (para dizer o mínimo) princípios como o da legalidade e o da liberdade, foram ao final infrutíferas, servindo apenas como **meio de intimidação**.

A ausência de regras em torno das abordagens ultrapassa a omissão do judiciário e também alcança a **inexistência de registros e estatísticas públicas** – o que, ao permitir o descontrole, autoriza também a perpetuação do uso de estereótipos e de escolhas discriminatórias.

O perfilamento racial (“*racial profile*”) das abordagens policiais – assim como os estereótipos socioeconômicos que pautam a realidade argentina – é algo diuturnamente vivenciado pela população negra e mais pobre do Brasil.

⁸ TJSP, Apelação Criminal 0001024-06.2015.8.26.0530, Rel. Des. MARCELO GORDO, DJ 24.4.2018, grifamos.

⁹ TJSP, Apelação Criminal 0101898-47.2016.8.26.0050, Rel. Des. DAMIÃO COGAN, DJ 5.2.2019, grifamos.



A grande maioria das abordagens que efetivamente levam ao registro de uma ocorrência policial tem como capitulação crime relacionado à posse de entorpecentes (tráfico de drogas) e crimes patrimoniais como furto e roubo. Ao mesmo tempo, duas outras estatísticas completam uma realidade de atuação policial discriminatória e racial: 71 % da população carcerária do Brasil está presa exatamente por estes crimes e 58 % desses presos são negros¹⁰.

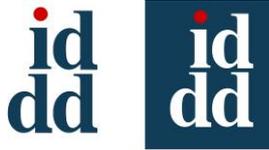
Os dados indiretos, por si só, desenham uma realidade ao mesmo tempo semelhante à do caso argentino, como também de grave discriminação.

c) Uma decisão para o futuro: a repercussão do presente julgamento

Não há dúvidas de que a abordagem do cidadão, sem mandado judicial, é parte relevante do trabalho realizado pelos policiais – conforme demonstram tanto a quantidade de abordagens realizadas, como o entendimento de que, mais do que colheita de provas, essa ação faz parte de uma política de policiamento ostensivo (e muitas vezes intimidatório). Ainda assim, os policiais brasileiros não são obrigados a fornecer nenhum tipo de informação, seja sobre o que entenderam como “fundada suspeita”, seja sobre o perfil de seus alvos. Eis porque, alguns precedentes dos tribunais internacionais – que sem exceção exigem algum grau de concretude na definição de “fundada suspeita” – servem para demonstrar a importância e a repercussão do presente caso.

Na Corte Europeia, no caso *Nechiporuk e Yonkalo vs. Ucrânia*, a detenção ocorreu porque a vítima da ação policial “estava andando rápido e olhando em volta”. A

¹⁰ Infopen, dezembro/2019, relatório analítico, disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>, consulta em 27/05/2020.



12.

Corte então determinou que **a detenção deve basear-se em suspeita razoável e, destarte, não serve para buscar informações que fundamentem tal suspeita**¹¹.

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos emitiu em 2016 documento em que determina diretrizes sobre condições de detenção, custódia policial e prisão preventiva na África¹². No texto, há parte específica sobre os registros das abordagens e prisões e nos quais documenta-se o motivo da decisão, incluindo local e data, identidade dos oficiais e observações sobre a pessoa detida.

A CtIDH, em mais de uma oportunidade, também já tratou do tema. Nos casos *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*¹³, *Amrhein e outros vs. Costa Rica*¹⁴ e *Herrera Espinoza e outros vs. Equador*¹⁵, por exemplo, estipulou que “a suspeita deve basear-se em fatos específicos e articular-se com palavras, ou seja, não em meras conjecturas ou intuições abstratas” e que a detenção “não pode se basear em mera suspeita ou percepção pessoal da participação do réu em um determinado grupo ilegal.

Por fim, na jurisprudência americana, ganha relevo o caso *Floyd vs. NY*, no qual o caráter racial e discriminatório da ação policial foi exposto e condenado, resultando na obrigação, aos policiais, de fornecer diversos dados sobre cada abordagem realizada.

¹¹ TEDH. Caso Nechiporuk e Yonkalo vs. Ucrânia. Sentença de 21 de julho de 2011, §§115-117.

¹² Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Guidelines on the Conditions of Arrest, Police Custody and Pre-Trial Detention in Africa, 28.7.2016. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/5799fac04.html>>. Acesso em 5.9.2019.

¹³ Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez V. Equador. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, §§103, 105, 119

¹⁴ Caso Amrhein e outros V. Costa Rica. Exceções, méritos, reparações e custos preliminares. Sentença de 25 de abril de 2018. Série C. No. 354, Parágrafo 353

¹⁵ Caso Herrera Espinoza e outros V. Equador. Exceções, méritos, reparações e custos preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2016. Série C Nº 316., parágrafo 143

A importância destes dados não se resume a alcançar maior precisão no diagnóstico do problema, mas é também capaz de inibir uma atuação que se mostre descaradamente baseada em elementos de discriminação (como raça ou local de moradia de população de baixa-renda).

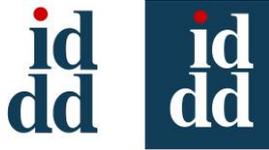
Regulamentação que, assim como a definição técnica e legal do que seria “fundada suspeita”, inexistente na Argentina e no Brasil, permitindo o abuso de uma atuação policial que ainda vem contaminada pelo que foi estipulado como política oficial dos violentos regimes de exceção.

III – A ABORDAGEM POLICIAL NA SOCIEDADE E NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIROS

a) A fundada suspeita na atuação policial

A situação das buscas pessoais no direito brasileiro revela, em sua base empírica, absoluta ausência de fundamentação objetiva para a prática do ato. Na perspectiva do sistema de justiça e dos órgãos de segurança pública, sustenta-se que a abordagem policial, aqui compreendida como a ação proativa da polícia em deter momentaneamente o cidadão e nele realizar a busca pessoal, constitui a mais importante ferramenta de policiamento ostensivo.

Realizada rotineiramente como procedimento padrão pelas polícias, em especial a polícia militar, a busca pessoal é vista como um alegado meio de prevenir delitos, finalidade completamente estranha à forma processual instituída no direito brasileiro.



Ainda que parcamente, os dados oficiais impressionam. Como dito, só no Estado de São Paulo (mais populoso do Brasil) a força policial realizou 15.488.976 de abordagens policiais em 2014. Ao mesmo tempo, São Paulo registrou, no mesmo período, 151.042 prisões em flagrante delito¹⁶.

O número total de abordagens policiais, por si só, mostra o exagero: é como se, em apenas um ano, cerca de 1/3 de toda a população do estado tivesse agido com algum tipo de “fundada suspeita”. Mas esses números também revelam a inadequação do meio (violento) escolhido pelo Estado como principal forma de atuação do combate ao crime: em apenas 0,97% dos casos, naquele ano, a “fundada suspeita” foi confirmada e induziu prisão em flagrante.

Nos outros 99% dos casos, de acordo com os dados disponíveis, a suspeita não era correta ou real, padrão que se repete, em São Paulo (e, é de se supor, em todo o país) ano após ano¹⁷:

¹⁶ SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estatísticas trimestrais. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>>, consulta em 11/03/2020.

¹⁷ Idem. É preciso reforçar que estes dados são extraídos a partir de números absolutos providos pelo Estado de São Paulo, que falha em dotar de transparência os mecanismos pelos quais são recolhidos. Sabe-se que, no total de abordagens policiais, encontram-se abordagens e buscas em veículos automotores (blitz), abordagens em veículos de transporte coletivo e abordagens em transeuntes em via pública, e que estes dados são recolhidos a partir de mera declaração de policiais em serviço por meio de Relatório de Serviço Operacional dirigido a seus respectivos superiores. Tais relatórios, também considerados sigilosos, apuram somente o número total de abordagens. Não se sabe, contudo, a quantas pessoas-alvo se refere cada uma das abordagens, tampouco qualquer dado a respeito dos locais onde são realizadas, nem mesmo o perfil dos sujeitos abordados ou o objetivo do ato, ou quais delas de fato resultaram em prisão ou outras medidas relevantes em matéria administrativa ou criminal. Por isso, os números ora apresentados indicam estimativa e partem de presunção, obtida mediante a correlação entre o número total de abordagens e o número total de prisões em flagrante informados pelo Estado de São Paulo, sendo certo, portanto, que o número de flagrantes decorrentes de abordagens pode ainda ser inferior, já que há várias razões pelas quais uma prisão em flagrante pode ocorrer.

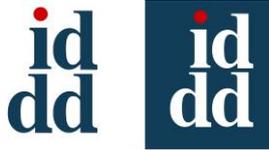
E a realidade brasileira pode ser ainda mais estarrecedora, porque nem todo flagrante tem como ponto de partida uma abordagem e a realização de buscas pessoais.

Não há, na normativa brasileira, a instituição de nenhuma obrigação de o policial registrar dados minimamente detalhados das abordagens, inexistindo, pois, transparência sobre os mecanismos utilizados nessa contabilização¹⁸.

Os policiais devem preencher um “Relatório de Serviço Operacional”, dirigido a seu superior, cujo objetivo é apenas a verificação de números absolutos. Não há, por meio desses relatórios, como angariar dados sobre o perfil dos locais e das pessoas abordadas, impossibilitando que essa gigantesca margem de erro seja de alguma forma corrigida.

A falta de transparência contamina também os protocolos empregados pelas polícias militares na realização das abordagens. As diretrizes existentes, que devem ser seguidas pelos policiais no exercício desse policiamento ostensivo, são sigilosas. Não há possibilidade de fiscalização pela sociedade civil ou pelo Poder Judiciário. A parca literatura sobre o tema tem como principais autores agentes da força policial. O natural enviesamento desses trabalhos minimiza a questão e admite o uso de armas.

¹⁸ Tais críticas atingem quase todos os estados da federação brasileira e gera dificuldade para obtenção de dados para pesquisas empíricas na área. Segundo Sinhoretto *et al*, “em nenhum dos estados analisados foi identificada a existência de base de dados específica sobre abordagens realizadas pela polícia, tampouco seus detalhes – local, cor/raça do abordado, motivação da suspeição, etc.” (SINHORETTO *et al*. A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In. FIGUEIREDO, Isabel Seixas de. Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2014, p. 124)



TANIA PINC, 1º tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo, publicou em 2007 um trabalho sobre o tema. Nele, explicita a violência do ato:

“Na abordagem a pessoa em atitude suspeita, o policial saca sua arma e a mantém na posição sul, apontando-a para o solo; determina que a pessoa se vire de costas, entrelace os dedos na nuca e afaste as pernas. Se a abordagem é feita a uma pessoa, o procedimento padroniza que essa ação seja operacionalizada por dois policiais, ou seja, que sempre haja superioridade numérica de policiais em relação aos não-policiais. Após posicionar a pessoa da forma descrita, um dos policiais recoloca sua arma no coldre, abotoa-o, e realiza a busca pessoal, enquanto o outro permanece com sua arma na posição sul fazendo a segurança. Na busca pessoal, por medida de segurança, o policial deve se posicionar de forma a manter sua arma o mais distante possível do revistado e fixar uma base de apoio com os pés, caso a pessoa reaja. Deve ainda segurar com uma das mãos os dedos entrelaçados e deslizar a outra sobre o corpo da pessoa, apalpando os bolsos externamente; tudo isso com o objetivo de encontrar algum objeto ilícito com a pessoa, como arma ou droga. Se ainda restarem dúvidas, o policial poderá realizar a busca pessoal minuciosa, que é uma revista mais detalhada e deve ser feita, preferencialmente, na presença de testemunhas e em local isolado do público, onde o revistado retira toda a roupa e os calçados”¹⁹.

Dentre os outros tipos de abordagem (que variam de acordo com uma caracterização do alvo da medida), há aquela que mira uma pessoa considerada infratora da lei, na qual o policial deve sacar a arma e mantê-la na posição “terceiro olho”, mirando o infrator, tudo segundo PINC.

O trabalho demonstra que, na realidade, a busca realizada pelos policiais serve mais como procedimento de policiamento ostensivo e, na maioria das vezes,

¹⁹ PINC, Tania. “Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público”. In. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1, ed. 2, 2007, p. 14-15)



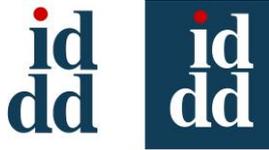
realiza-se sem que de fato exista suspeita da prática de ato ilícito, o que claramente se contrapõe à “fundada suspeita” prevista em lei.

Exatamente este o ponto de intersecção entre a realidade brasileira o caso argentino: FERNÁNDEZ PRIETO teve seu veículo revistado sem motivo algum; CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO simplesmente caminhava. Nada a justificar a invasão da autoridade policial na esfera de liberdade do cidadão a ponto de nele promover busca pessoal.

O Poder Judiciário brasileiro, contudo, não só aceita como alarga a amplitude dos já elásticos termos da lei. Quando o tema é abordado, a justificativa do Poder Judiciário para validação do ato de busca é que a norma processual penal é composta de conceito jurídico indeterminado e autoriza, por isso, o emprego pela polícia da intuição sobre a ocorrência do ilícito a fim de se decidir pela realização do ato.

Segundo GISELA A. WANDERLEY, “No meio policial, o ato de suspeitar é considerado ‘uma atitude saudável’ de todo policial’ (MUNIZ, 1999, p. 16). A prática da busca pessoal, por sua vez, é comumente associada à suspeição: inúmeros termos e expressões associados à ideia de suspeição são erigidas para fundamentá-la, tais como fundada suspeita, atitude suspeita, indivíduo suspeito, elemento suspeito, estado de suspeição, entre outros. Contudo, apesar da centralidade da suspeição para o labor policial, há entre os policiais substancial dificuldade para identificar os critérios que orientam a suspeição”²⁰.

²⁰ Cf. WANDERLEY, Gisela Aguiar. Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 91, disponível em: < <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>>, consulta em 11/03/2020.



Essa dificuldade também fica clara nos acórdãos pesquisados, constantes do repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo²¹.

O requisito legal, que deveria merecer destaque nas análises judiciais, é traduzido nos acórdãos – de forma genérica – como: denúncia anônima; nervosismo do suspeito, referência a suposto estado de ansiedade, surpresa e nervosismo; suspeito conhecido pelos policiais como suposto autor de delitos; suspeito encontrado em local conhecido pela prática criminosa; suspeito que empreende fuga; suspeito que dispensa algum objeto no chão ao avistar os policiais; suspeito com conduta sugestiva de prática delitiva; suspeita genérica sem descrição fática; suspeito identificado por morador da área da ocorrência ou atividade identificada em monitoramento policial.

A “fundada suspeita” é generalista, um disfarce da mesma prática violenta que vitimou PRIETO e TUMBEIRO. E na ausência de dados concretos do caso em julgamento exalta-se o tirocínio policial.

No dia-a-dia, o vazio deixado na interpretação do requisito legal é ocupado pela racialização da atuação policial. A despeito da ausência de dados oficiais que mensurem o indicador racial nas abordagens policiais, pesquisas mostram que esse é um elemento primordial na grande maioria delas.

Com efeito, pesquisa realizada com policiais militares atuantes na Região Metropolitana da cidade do Recife/PE demonstrou que a maioria dos policiais (51,3% dos oficiais, 83,1% dos alunos do Curso de Formação de Oficiais e 67,9% dos alunos do Curso

²¹ Analisados em pesquisa realizada pelos alunos da FGV em conjunto com o IDDD no projeto Prova Sob Suspeita.

de Formação de Soldados) abordariam primeiro uma pessoa negra e, apenas na sequência, uma pessoa branca²².

Outras pesquisas, relatadas por GISELA AGUIAR WANDERLEY, demonstram a tendência de replicação do racismo no espaço amplamente discricionário das abordagens policiais exploratórias:

“[ess]a repartição desigual, sobretudo pelo enfoque racial, não se trata de novidade: na análise de autos relativos à prática de atos infracionais por adolescentes entre 1968 e 1988 no Rio de Janeiro, Batista (2003) ressalta que mais de 3/4 (três quartos) dos indivíduos abordados por estarem ‘em atitude suspeita’ eram negros. Por outro lado, esse padrão transparece com especial nitidez nas pesquisas referentes à repressão ao crime de tráfico de drogas. Duarte et al. (2014) observam que os negros acusados de tráfico foram mais frequentemente abordados pela polícia em via pública do que outros locais: em Brasília, apenas 25% dos brancos acusados de tráfico foram abordados em via pública, 50% o foram em residência e os outros 25% em outro local, ao passo que para os negros a distribuição foi diversa: 66% foram abordados em via pública e 20% em residência. Em Curitiba, 62% dos brancos e 67% dos negros foram abordados em via pública. Em Salvador, todos os acusados eram negros e 61% deles foram abordados em via pública. Anota-se também na pesquisa de Jesus (2011) que esse *modus operandi* tem como resultado uma incidência desproporcional das prisões em flagrante por tráfico em face de jovens negros do sexo masculino: 87% dos presos em flagrante foram homens, 53,82% possuíam de 18 a 24 anos, 59% foram negros (pretos e pardos) e 41% brancos. 60,46% possuíam primeiro grau completo, 18,94% primeiro grau incompleto, 13,99% segundo grau completo e 5,07% segundo grau incompleto. 0,88% eram analfabetos e

²² BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. In. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 2, ed. 3, jul/ago 2008, p. 141.



20.

0,6% tinham ensino superior completo ou incompleto. 57,28% não possuíam antecedentes criminais (JESUS, 2011)”^{23/24}.

Embora as forças policiais costumeiramente neguem o viés discriminatório, na maioria das vezes a fundada suspeita recai sobre um grupo social específico, caracterizado pelo modo de vestir, andar, faixa etária e localização periférica²⁵.

Outros dados confirmam, de forma indireta, como essa realidade se manteve inalterada ou mesmo agravada.

Quando se analisa os dados sobre as prisões em flagrante entre 2008 e 2012 em São Paulo têm-se que 54,1% dos presos eram negros. Dos dados disponíveis, temos uma taxa de 35 negros presos por 100.000 habitantes negros (na população branca, a taxa é de 14 brancos presos por 100.000 habitantes brancos). Segundo JAQUELINE SINHORETO, *professora do Departamento de Sociologia da Universidade Federal de São Carlos e coordenadora de pesquisa sobre perfilamento racial financiada pelo Ministério da Justiça do Brasil*, “os dados apontam uma vigilância [policial] maior sobre a população negra, que se reflete na concentração do número de prisões em flagrante desse grupo”²⁶.

b) A fundada suspeita nas condenações criminais

²³ WANDERLEY, *op. cit.*, p. 88-89, grifamos.

²⁴ A autora complementa: “*Em tal cenário, verifica-se uma concentração injustificada da ação policial em face da juventude negra e pobre do país, que é diariamente interpelada pelo aparato policial sem que nem sequer haja aferição de qualquer impacto nos índices de controle criminal. Ao contrário, o que se verifica são índices desprezíveis de descoberta de condutas criminosas a partir das abordagens. A busca pessoal exploratória, portanto, insere-se na perversa dinâmica da criminalização pela vulnerabilidade*” (WANDERLEY, *op. cit.*, p. 90).

²⁵ SINHORETO *et al*, *op. cit.*, p. 133.

²⁶ SINHORETO *et al*, *op. cit.*, p. 127.

Os dados também se repetem, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro. A Defensoria Pública daquele estado pesquisou as sentenças proferidas em ações penais que apuravam o crime de tráfico de drogas, promovendo análise quantitativa e qualitativa²⁷. Ao todo, a partir de 2016, foram analisados 3.745 casos individuais, em 2.491 processos distribuídos entre 1º de junho de 2014 e 30 de junho de 2015.

Entre os números trazidos, constata-se que a condenação foi o desfecho de 79,97% dos casos. Ao mesmo tempo, apenas 6,1% dos processos teve início em investigação preliminar. Os pontos de partida mais comuns têm sido o flagrante realizado durante operações policiais (57,56%) e a denúncia anônima (16,73%). Ou seja, a atuação policial que excepciona garantias individuais sem prévia autorização judicial inaugurou 74,29% dos casos de tráfico na região metropolitana do Rio de Janeiro²⁸.

Contudo, a atuação policial não se limita à fase inicial do procedimento. Expressivos 62,33% dos casos foram solucionados tendo o agente de segurança como única testemunha ouvida²⁹. São 1.979 condenações (53,79% dos casos) que se fundaram principalmente no depoimento de agentes de segurança³⁰. De fato, os números demonstram que atuação do policial tanto inaugura como termina o feito: no curso das operações policiais, a aplicação caso a caso do que seja “atitude suspeita” representa o início; para completar, a presunção de veracidade do que agente de segurança relata ter ocorrido serve a sedimentar o desfecho condenatório como rotina institucional judicial.

²⁷ A pesquisa foi coordenada por CAROLINA DZIMIDAS HABER. Acesso por: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>

²⁸ Tabela 4. Relatório..., 2018, p. 71.

²⁹ Relatório..., 2018, p. 34.

³⁰ Tabela 17. Relatório..., 2018, p. 77.

Neste cotidiano, não é difícil constatar que a atuação dos agentes de segurança é maciçamente chancelada pelos magistrados. A “fundada suspeita” que não é explicada nem justificada pelo policial é explicitamente mencionada pelos juízes em 31,07% dos casos³¹. Em todos esses casos, é certo que a atitude que pareceu suspeita aos policiais foi considerada fator importante nas decisões judiciais.

A maximização do relato policial é atingida quando o juiz chancela a legalidade do flagrante diante de ser o local da conduta lugar de venda de drogas. Não apenas condena, como o faz facilitando o caminho da acusação: em 75,16% das condenações por concurso material de tráfico e associação, a última foi presumida em razão da localização da abordagem³². O estado de inocência simplesmente deixou de ser operativo; mesmo quando o polo passivo tinha sido ocupado por réus primários³³.

Estes dados acabam refletindo o achado por MARIA GORETE MARQUES DE JESUS, em pesquisa na cidade de São Paulo. Dos procedimentos e dados analisados em “*Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico e drogas no sistema de justiça*”³⁴, a autora conclui que no Brasil não se questiona a forma como os agentes policiais conseguem confissões e provas, pois os juízes precisam desses elementos no processo:

“Nos casos em que as marcas e lesões eram evidentes, eram descritas como tendo sido causadas por ‘quedas após tentativa de fuga’ ou ‘resistência à prisão’. Tais argumentos eram considerados válidos pelos

³¹ Tabela 11, Relatório..., 2018, p. 75.

³² Tabela 25, Relatório..., 2018. p.82.

³³ Quanto à reincidência, 74,01% de todos os casos foram compostos por réus primários e “tecnicamente primários”; 11,82% por reincidentes e 14,16% dos casos não foram especificados (Tabela 15, Relatório..., 2018. p.76).

³⁴ A autora analisa 667 autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, realizados entre dezembro 2010 e janeiro de 2011, 604 sentenças, 70 entrevistas com profissionais da segurança pública e da justiça criminal, diários de campo (de 10 audiências de instrução e julgamento realizadas entre fev-maio de 2011, de 63 audiências de custódia de abril-julho de 2015, de 27 audiências de instrução e julgamento de jul-nov de 2018).

juízes e promotores, sem que houvesse possibilidade de considerarem outra versão sobre os fatos”³⁵.

Aliás, isso se encaixa na lógica de uma “política de metas”, narrada por policiais entrevistados no trabalho citado. O arranjo das instituições brasileiras incentiva que sejam atingidos números elevados de prisões em flagrante, pois é este o índice a partir do qual o Estado brasileiro demonstra “cuidar de sua população”. Essa mesma lógica de produtividade pauta os registros divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em cujo sítio de *internet* exhibe a aba “*produtividade policial*”³⁶. É clara a tendência de incentivo às ações ilegais: traçar metas de prisões em flagrante a serem satisfeitas consiste em inegável combustível institucional à arbitrariedade de quem haveria de ter por missão não amedrontar, mas proteger a população. Essa política, por isso, impede o testemunho policial, incapaz de isenção.

Com foco no papel do juiz no encarceramento massivo que ocorre no Brasil, o juiz de direito MARCELO SEMER analisou 800 sentenças, provenientes de 8 estados e 11 municípios, proferidas por 665 juízes entre os anos de 2013 e 2015. Nela, SEMER concluiu pela relevância da chamada “atitude suspeita”, uma vez que em 63% dos processos a droga foi apreendida em via pública³⁷. Mas inexistindo investigações prévias (ou outros dados), o fato é que cabe apenas ao policial interpretar o que é atitude suspeita:

“As hipóteses (de atitude suspeita) são as mais distintas:
O réu saiu correndo ao ver a viatura (sentença 121) ou apenas em passo acelerado (sentença 229); pareceu nervoso (sentença 631), assustado (sentença 139) e com semblante nervoso (sentença 623). Também

³⁵ Jesus, 2020, p. 6.

³⁶ <https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>

³⁷ SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 239.

levantou suspeitas o réu que olhou desconfiado (sentença 541), que ao ver a polícia, começou a andar (sentença 150) e até aquele que ficou parado no meio da rua (sentença 341). O que estava sozinho na rua (sentença 370), o que estava próxima de um casal (sentença 178) e os que estavam no meio de grupos na Cracolândia (sentenças 199 e 205). Da mesma forma, chamou a atenção dos policiais o agente que estava mexendo na moita (sentença 230), cavando o chão (sentença 451), contando dinheiro (sentença 151) ou ainda carregando uma sacola (sentença 615). Aquele que parecia escondido, no interior de um carro abandonado (sentença 188) e até a ré bem vestida, destoando de moradores de rua nas proximidades do próprio Tribunal de Justiça (sentença 204)³⁸.

Tudo pode ser considerado “atitude suspeita”: correr, andar ou ficar parado; estar sozinho, acompanhado ou em grupo, contar dinheiro ou carregar uma simples sacola podem ser suficientes para convocar a atenção dos policiais. Exatamente como no caso PRIETO e TUMBEIRO. O primeiro dirigia; o segundo caminhava...

Mas quando tudo pode ser suspeito é impossível saber ao certo o que constitui o núcleo de uma “atitude suspeita”. E a falta de registro das vezes em que nada foi encontrado torna impossível saber quantos inocentes tiveram suas liberdades violadas por agentes que buscavam confirmar um suposto perfil criminoso a partir de critérios irracionais. Tal como executadas, as abordagens são práticas abusivas e arbitrárias, sistemática e irregularmente aproveitadas por narrativa que revela parte ínfima dos fatos. Sem conhecer com exatidão quando e porque a suspeita inicial não se confirmou ou a frequência em que os policiais aplicam o tirocínio e nada encontram não é possível avaliar eficácia. Sobra apenas a sedimentação institucional de práticas discriminatórias, preconceituosas e estigmatizantes.

³⁸ *Idem*, p. 241.

A despeito da carência de dados que efetivamente emprestem credibilidade ao que se convencionou chamar de “atitude suspeita”, este seletivo estado de coisas policial conta com quase que irrestrito aval da magistratura brasileira. Aqui, fazemos referência à presunção de veracidade atribuída à palavra do policial, que além de depor como testemunha, recebe credibilidade superior à das testemunhas em geral.

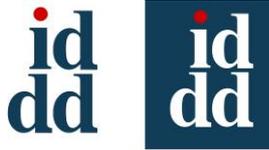
De acordo com a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, “o fato de restringir-se a prova oral a depoimento de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”³⁹. Ou seja, à diferença manifesta do que ocorre em outros sistemas jurídicos⁴⁰, no Brasil, passa-se ao largo do fato de que o policial não é pessoa estranha ao feito, conferindo-se-lhe credibilidade diferenciada.

O decurso temporal (não raro os policiais são chamados para depor em processos iniciados há anos) e a considerável semelhança entre eventos (quantas vezes um policial não realiza busca e apreensão por atitude suspeita ao longo de sua vida, nos mesmos bairros, selecionando sujeitos a partir de um mesmo conjunto de características que apresentam?) podem contribuir para o embaralhamento da memória. Mesmo que se considere a ausência de motivos para mentir, não se pode concluir que os relatos necessariamente correspondem à realidade.

Os deletérios efeitos advindos deste tratamento simplista consistem no sistemático desincentivo à realização de investigações criminais por um lado e, por outro, no incentivo a arbitrariedades cometidas pela polícia contra a população, especialmente

³⁹ Acesso por: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>

⁴⁰. Na Espanha, tratando especificamente da polícia judicial, determina-se que suas manifestações apenas servem à notícia crime e não podem ser valoradas no contexto da decisão de mérito de eventual processo (art. 297, Ley de Enjuiciamiento Criminal).



a mais vulnerável. A garantia de condenação criminal com base exclusiva na palavra do policial é verdadeiro aval às ilegalidades e consequente superencarceramento.

c) *Standards* probatórios, presunção de inocência e ilegalidade do procedimento

Finalmente, é preciso enfrentar um importante compromisso assumido por Estados democráticos: a distribuição assimétrica entre a condenação de inocentes e a absolvição de culpados. Distribuição assimétrica porque, entre os riscos de se condenarem os inocentes e o de se absolverem os culpados, as instituições devem ser afinadas para extirpar o primeiro, pouco importando o custo disso.

No Brasil, a aproximação entre Poder Judiciário e agentes de segurança pública ocorre no caminho inverso do esperado num Estado Democrático de Direito. Sendo genéricos os termos da lei, como visto, o Poder Judiciário simplesmente chancela a arbitrariedade da ação policial. Mais fácil chegar à condenação menos contas a prestar.

Houvesse efetivo controle judicial e as abordagens feitas à moda PRIETO e TUMBEIRO não teriam espaço nem na Argentina, nem no Brasil ou em qualquer outro país, pois o legislador, cioso da segurança pública, ver-se-ia forçado à criação de rígidos protocolos legais para a abordagem policial.

Isso significa que o vício das condenações injustas, pois amparadas em ato que afronta direitos protegidos pela Convenção Americana, tem sua origem na fase da investigação criminal. Portanto é neste início que protocolos devem incidir para haja efetiva mudança de prática dos agentes públicos, com efeito direto na vida dos jurisdicionados e, portanto, na distribuição de justiça.

Sem isso, as consequências são graves, conforme experimentaram as realidades argentina e brasileira.

Por enquanto, resta ao Poder Judiciário preservar a assimetria acima indicada, em virtude do qual, no conflito entre o erro de condenar inocente e o de absolver culpado, expressa um juízo moral onde o primeiro é manifestamente pior do que o segundo:

“It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer”⁴¹.

“It is better 100 guilty persons should escape than that one innocent person should suffer”⁴².

Ser condenado à pena privativa de liberdade no Brasil, por exemplo, implica suportar não apenas a perda da liberdade, mas ser submetido a condições de vida sabidamente degradantes; a um estado de coisas inconstitucional, como reconheceu a Suprema Corte brasileira ao julgar o pedido cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347⁴³.

Portanto, as consequências dos erros decisórios no processo penal justificam uma assimetria entre falsos positivos e falsos negativos. No processo civil, falsos positivos dão origem à procedência de pedidos que deveriam ser julgados

⁴¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Livro IV, cap 24, 1765-1769.

⁴² Benjamin Franklin, *Works*, *Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan*, 1785.

⁴³ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>



improcedentes; falsos negativos dão causa à improcedência de pedidos que deveriam ser procedentes. Mas e no processo penal? Sendo a liberdade um dos bens mais caros depois da vida, o falso positivo é compreendido como manifestamente pior do que o falso negativo. Perder a liberdade sem ter praticado conduta típica é dos piores erros que o Estado pode cometer em nome do direito de punir.

Daí que é preciso dar efetividade à presunção de inocência enquanto regra que determina que todos são inocentes até que se prove o contrário. Mas quando se prova o contrário?

A resposta a essa questão é dada pelo *standard* probatório, o qual tem a função de estabelecer o grau de exigência adotado por determinado sistema jurídico para que uma hipótese fática seja considerada verdadeira. No caso do processo penal, a hipótese fática trazida pela acusação é que deverá superar um grau de exigência que reflita a distribuição entre o risco de se condenar inocentes e o de se absolver culpados.

Ora, se entendemos que a condenação de inocentes é manifestamente pior do que a absolvição de culpados, então um *standard* probatório adotado pelo processo penal deverá cumprir a função de dificultar as condenações de inocentes; mesmo que, para isso, acabe facilitando as absolvições de culpados. Logo, é racional que a hipótese fática trazida pela acusação tenha que superar um elevado grau de exigência, pois, do contrário o sistema estaria tratando de forma simétrica erros cuja reprovabilidade não se igualam.

É a conexão entre as provas produzidas no curso do procedimento, e não o mero convencimento do juiz de que o réu é culpado, o que pode assegurar o

cumprimento do *standard*. Atrelar a presunção de inocência a um *standard* probatório elevado é medida necessária ao asseguramento de sua efetividade enquanto garantia aos jurisdicionados diante dos perigos da arbitrariedade. Por essa exigência de estrita racionalidade probatória, impõe-se o cuidadoso exame das inferências que serviram à decisão judicial.

A presunção de inocência não pode ser reduzida a artifício retórico⁴⁴. Ela deve incidir também no início da investigação, deve pautar a atuação dos agentes policiais, pois as exigências de um processo penal democrático não se restringem ao processo judicial ou à sua fase final. Tanto é que a presunção de inocência desempenha função diversa no decorrer do procedimento, servindo de orientação sobre como o sistema penal deve tratar os sujeitos: como se inocentes fossem, desde o início.

No âmbito da atuação repressiva policial, isso se traduz na necessidade de critérios objetivos e racionais para abordagem policial. Critérios que não existem nem no Brasil, como visto, e nem na Argentina, como demonstra o caso ora em julgamento.

IV. VIOLAÇÕES À CONVENÇÃO: UMA TÁTICA DE POLICIAMENTO OSTENSIVO CONTRÁRIA À CONVENÇÃO

⁴⁴ [...] Pode-se observar que a credibilidade da certeza de um sujeito sobre o conteúdo de uma afirmação depende da seriedade das justificativas que ele está em condições de dar. Se as justificativas são do tipo 'estou certo disso porque estou profundamente convencido'(ou seja, não justificativas), trata-se, então de argumentos que têm a mesma força demonstrativa de borras de café."...“Quando se afirma, por exemplo, que a condenação de um acusado justifica-se quando o juiz tem certeza absoluta de sua culpabilidade, ou quando se diz - como ocorre comumente - que o juiz deve obter a certeza moral sobre a existência dos fatos da causa, comete-se um erro duplo: de um lado deixa-se a ideia da verdade, excluindo-se a necessidade de que a decisão funde-se em uma apuração verdadeira dos fatos; por outro lado, fortalece-se a ideia de que o que deve fundar a decisão do juiz é o grau de persuasão subjetiva que ele deve obter. (Taruffo, p. 109-110, 2012).



Em seu artigo 7º, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz amplo rol de proteção à liberdade, estabelecendo, já em seu artigo 7.1, que todas as pessoas têm “direito à liberdade e à segurança pessoal”. Em complementação a esta premissa, o artigo 7.2 estabelece que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Os Estados signatários da Convenção devem prever, em seus ordenamentos, causas e condições específicas por meio das quais faz-se possível e justificável a restrição da liberdade de qualquer pessoa. O que, ao fim, também significa que a legislação do Estado signatário deve permitir ao cidadão que conheça, previamente, as situações nas quais é possível a restrição de liberdade de alguém, tornando as situações previsíveis e, portanto, evitáveis. Para tanto, as legislações devem evitar conceitos amplos e indeterminados, os quais abrem grande margem de discricão aos seus operadores, fazendo-os arbitrários.

É justamente neste contexto em que a Convenção estabeleceu, em seu artigo 7.3, que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”.

A previsão normativa vai muito além daquelas situações nas quais a restrição à liberdade se dá à margem das causas e condições estabelecidas na legislação de cada Estado Parte. Ao contrário, a arbitrariedade a que se refere-se o artigo 7.3 da Convenção também é verificada quando o preceito legal é deturpado, sendo invocado como forma de respaldar artificialmente uma atuação que, na realidade, representa uma arbitrariedade.



É o que ocorre no tema das abordagens policiais – tanto as narrados no presente caso, como naquelas diuturnamente realizadas no Brasil, sempre com respaldo de textos legais amplos e inespecíficos.

O desrespeito à Convenção é tanto formal como material. Porque as legislações são indevidamente amplas e imprecisas em relação às hipóteses de cabimento da abordagem policial, grande parte destas abordagens é realizada de forma arbitrária, incompatível com respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Os conceitos de “atividade suspeita” (da legislação argentina) e “fundada suspeita” (da legislação brasileira) são igualmente indefinidos. Ambos os termos impedem a previsibilidade das hipóteses em que a abordagem policial é viável, circunstância que, por si só, contraria as previsões da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial aquelas de seu artigo 7.2.

O que pode ser considerado suspeito? Em uma visão mais legalista e garantista, determinadas condutas. Para agentes policiais acostumados a agir a partir de estereótipos formados dentro de uma história de violência e abuso estatal, a roupa, o aparente poder aquisitivo e nível social e mesmo a cor da pele (um negro em um bairro cuja população seja majoritariamente branca) se transformam em suspeita capaz de justificar o afastamento de direitos e até a violência.

Afinal, “a abordagem é uma ação policial que desagrada, se não todas, a grande parte das pessoas que passam por essa experiência. Parece impossível imaginar alguém agradecendo a um policial ao término de uma abordagem. Essa é uma atitude



compreensível, porque ninguém gosta de ter seus direitos cerceados e sua privacidade invadida, mesmo que seja por alguns minutos”⁴⁵.

Mesmo assim, a abordagem policial e a busca pessoal são utilizadas amplamente, atingindo milhões de pessoas todos os anos. Mas se é assim, se a abordagem é um mecanismo necessário ao policiamento, então o ele precisa estar de acordo com os princípios inerentes ao ser humano e não pode contar com o enorme grau de subjetividade que as ampara.

Pois hoje, de forma assustadoramente banal, a arbitrariedade das abordagens policiais revela inequívoca violação aos artigos 7.1, 7.2 e 7.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, também, aos seus artigos 11.1, 11.2 e 11.3, que dispõem sobre a “proteção da honra e dignidade”.

Prevê o artigo 11.2 que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada”, sendo certo, portanto, que o reconhecimento da arbitrariedade nas abordagens policiais gera, igualmente, a violação à honra e à dignidade daquele que dela é alvo. Assim como há violação à obrigação de que sejam garantidos a toda pessoa o devido processo legal (artigo 8) e os recursos judiciais para a revisão de atos que violem direitos previstos na Convenção (artigo 25).

De tais previsões extrai-se que qualquer ato praticado pelo Estado – incluindo-se as abordagens policiais – deve ser passível de controle judicial por meio do devido processo legal. Cabe ao Poder Judiciário rever as circunstâncias de cada restrição

⁴⁵ PINC, Tania. “Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público”. In. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1, ed. 2, 2007, p. 7



à liberdade em sua integralidade e não apenas a adequação formal da conduta a uma previsão legal imprecisa.

O modo como as abordagens policiais são tratadas tanto pela legislação como por seus intérpretes (os juízes) constrói um cenário ilegal, em evidente descompasso com variados preceitos cuja proteção e reafirmação cabe, sem dúvidas, a essa C. Corte Interamericana.

V. CONCLUSÃO E PEDIDO

FERNÁNDEZ PRIETO conduzia seu veículo quando foi abordado e revistado. Ainda que seja problemática a prévia formulação, em termos objetivos, do que seria “atitude suspeita”, a simples circulação de pessoas em veículo automotor é manifestamente insuficiente para caracterizar situação que permita a abordagem.

Mas ao permitir que atuações como essa sejam bastantes para ao final levar a condenações, não é preciso rigorosamente nada para que a polícia possa intervir como bem quiser na vida daqueles que deveria proteger.

A regra tem que ser oposta e o vício inicial não pode ser atropelado pela ideia de que os fins justificam os meios.

Como nada mais foi dito pelos policiais responsáveis pelas duas abordagens na Argentina (como também acontece nas abordagens do Brasil), a revista foi ilegal. Em consequência, tudo o que foi encontrado por ocasião de atuação ilegal da autoridade estatal não pode ser admitido como prova de incriminação.

Não se olvida que a verdade dos fatos importa ao processo, mas não a qualquer custo, não de qualquer modo. O processo penal não pode ser reduzido a mero jogo de cena que antecede condenações. É preciso rechaçar uma concepção de processo penal que em nome da persecução de crimes seja conivente com ilegalidades praticadas pelos próprios representantes do Estado.

O aproveitamento dos elementos probatórios ilegalmente obtidos serve a incentivar a prática ilícita por parte das autoridades policiais. A longo prazo, produz-se o perverso efeito de que o agir irregular se converta em regra e se aceita que os direitos fundamentais dos indivíduos transformem-se em texto vazio, sem qualquer resquício do caráter normativo que deveriam ter - “irregularidade endêmica”, de acordo com o magistrado emérito da Corte Suprema de Espanha, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ.

Exatamente para evitar tal perversidade que o ex-magistrado afirma a existência de garantias probatórias, pois as provas não podem ser produzidas de qualquer jeito. Por isso, defende que o efeito é nulidade e consequente ineficácia da prova:

“Esto vale tanto para los funcionarios de policía como para los jueces que realizan actuaciones ilegales. Y debe proyectarse, procesalmente hablando, en la declaración de nulidad y consiguiente ineficacia, por la inutilizabilidad de los conocimientos mal obtenidos, a efectos de formación de la convicción; en el rechazo de sentencias insuficientemente motivadas”⁴⁶.

A mesma consequência poderá ser extraída do caso de CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO, que apenas caminhava. Nenhuma das circunstâncias apontadas pelos policiais

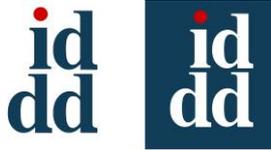
⁴⁶ PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, *La función de las garantías en la actividad probatoria*, In “*La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*”, 1993.

foge ao que normalmente pode se apresentar na rotina de um cidadão comum. Ninguém está livre de experimentar nervosismo: situações no trabalho, brigas com familiares, ser surpreendido por policiais, sim, podem deixar qualquer um nervoso. Logo, “apresentar nervosismo”, por si, não autoriza a busca pessoal. Tampouco foge à normalidade o estar procurando loja inexistente naquela localidade. Não há, outra vez, circunstância que mereça qualificação de atitude suspeita.

Já o fato de que TUMBEIRO usava roupas não condizentes com a localidade, longe de representar uma atitude suspeita, revela evidente discriminação socioeconômica e põe por terra as justificativas anteriores: se estivesse com roupas “condizentes”, ele nem sequer teria sido questionado sobre o que procurava ali e não teria porque temer um abuso policial.

Tal como ocorreu com FERNÁNDEZ PRIETO, TUMBEIRO foi vítima de atuação irregular. E é plausível dizer que, sendo um caso posterior ao outro, o Estado argentino perdeu considerável oportunidade de se manifestar adequadamente contra à ilegalidade que vitimou FERNÁNDEZ PRIETO e, com isso, acabou contribuindo para incentivar que sua polícia e demais atores da Justiça criminal continuassem a violar as garantias fundamentais dos cidadãos argentinos.

No Brasil, como visto, a situação não é distinta. O Poder Judiciário legitima os atos de arbitrariedade cometidos em sede policial. É certo que a falta de critérios e protocolos da abordagem policial dificulta o controle judicial, mas não é impeditivo. A realidade das decisões judiciais objeto da pesquisa na qual se apoiou este trabalho mostra engrenagens bem encaixadas. Se a lei não diz o que são “fundadas suspeitas”, cabe ao Estado-Juiz fazê-lo, sem se acomodar no uso inadvertido de frases prontas e, pois, vazias.



Como se vê, tanto na Argentina quanto no Brasil, perpetuou-se a violência herdada de tempos que não podem ser esquecidos, mas que devem ser definitivamente superados.

A defesa de direitos fundamentais precisa ser tempestiva. Por isso importa, o quanto antes, rechaçar uma concepção subjetivista e arbitrária do que pode ser tido como “atitude suspeita”. Para os policiais, isso se traduzirá na exigência de que critérios objetivos possam ser indicados como pontos de partida de suas abordagens. Já para os juízes, essa exigência se expressa no não aproveitamento das atuações policiais irregulares. Só assim, será possível dizer que a presunção de inocência, termômetro civilizatório das democracias, ainda está a salvo.

Diante de todo o exposto, o IDDD requer:

- a) sua admissão como *amicus curiæ* no presente procedimento, fazendo juntar aos autos esta manifestação;
- b) que essa C. Corte Interamericana de Direitos Humanos considere violadora da Convenção Americana de Direitos Humanos a postura do Estado Argentino nas abordagens sofridas por CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PRIETO e por CARLOS ALEJANDRO TUMBEIRO; e
- c) que essa Corte Interamericana de Direitos Humanos considere estabelecer entre as medidas de não repetição:
 - i. a instituição de protocolos com critérios objetivos para atuação policial, especialmente nas abordagens de cidadãos, também levando



37.

em conta a vagueza da legislação processual penal no continente, a partir dos exemplos das situações argentina e brasileira aqui retratadas;
ii. a obrigatoriedade da produção de dados sobre abordagens policiais e transparência na sua divulgação para efetiva garantia processual.

Pede deferimento.

De São Paulo a San José da Costa Rica, em 1º de junho de 2020.

FLÁVIA RAHAL
Presidente do Conselho Deliberativo
OAB/SP 118.584

HUGO LEONARDO
Presidente da Diretoria Executiva
OAB/SP 252.869

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS
Diretor de litígio estratégico
OAB/SP 220.558

MARINA DIAS WERNECK DESOUZA
Diretora Executiva
OAB/SP 157.282

DOMITILA KÖHLER
Membro do grupo de litígio estratégico
OAB/SP 207.669

GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI
Membro do grupo de litígio estratégico
OAB/SP 315.587

JANAÍNA MATIDA
Membro do grupo de litígio estratégico
OAB/RJ 171076

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES
Assessora de litígio estratégico
OAB/MG 122.057

THIAGO DE SOUZA AMPARO
Professor de Direito/FGV Direito SP
OAB/SP 272.768