

Comentários à Jurisprudência

6ª Edição | Junho | 2024

**ABORDAGEM PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA:
uma análise a partir do *Habeas Corpus* nº 881.709 (STJ)
e do AgRg no HC nº 646.771/PR (STJ) e seus aspectos
criminológicos**

Daniela Villani Bonaccorsi

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Comentários à Jurisprudência

DAS DECISÕES COMENTADAS

1ª DECISÃO COMENTADA - STJ

Ementa: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. 778 G DE MACONHA (1 TIJOLO), 55 G DE MACONHA (30 PORÇÕES) E 145 G DE MACONHA (90 PORÇÕES). NULIDADE. BUSCA PESSOAL E INGRESSO EM DOMICÍLIO, SEM MANDADO JUDICIAL, FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. "NERVOSISMO" DO PACIENTE USADO PARA A BUSCA PESSOAL. ILEGALIDADE. CONTEXTO FÁTICO ANTERIOR. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

- O fundamento trazido pela instância ordinária, para a busca pessoal, foi o fato de os policiais entenderem que o paciente estaria nervoso, o que contraria o entendimento desta Corte.

- Anuladas todas as provas obtidas nas buscas pessoal e dentro da residência.

- *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular as provas obtidas mediante busca pessoal e busca e apreensão domiciliar, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o paciente das imputações feitas nos autos da Ação Penal nº 1504670-17.2023.8.26.0320 da Segunda Vara Criminal do Foro de Limeira/SP (HC nº 881.709/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 07.05.2024, DJe de 10.05.2024).¹

¹ Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400003485&dt_publicacao=10/05/2024. Acesso em: 10 jun. 2024.

Comentários à Jurisprudência

2ª DECISÃO COMENTADA - STJ

Poder Judiciário – Superior Tribunal de Justiça

Processo: AgRg no HC nº 646.771/PR

Relator: Min. João Otávio de Noronha

Data de julgamento: 10 de agosto de 2021

Data de publicação: 13 de agosto de 2021

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. PROVA ILÍCITA. DADOS TELEFÔNICOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. PROVAS COLHIDAS EM DEGRAVAÇÃO. TROCA DE MENSAGENS COM CORRÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

- O manejo de *habeas corpus* após o trânsito em julgado da condenação, visando a reconhecer eventual ilegalidade na colheita de provas, importa em manejo do *writ* de modo indevido, com feições de revisão criminal.
- Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de *writ* nesta instância superior, uma vez que a competência do STJ prevista no art. 105, I, e, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados.
- Os dados constantes de aparelho celular obtidos por órgão investigativo - mensagens e conversas por meio de programas ou aplicativos (WhatsApp) - somente são admitidos como prova lícita no processo penal quando há precedente mandado de busca e apreensão expedido por juiz competente ou quando há autorização voluntária de interlocutor da conversa.

Comentários à Jurisprudência

- Não há nulidade na prova da participação delitiva do agente que se dá por troca de mensagens com o corréu, tendo o acesso sido autorizado tanto pela autoridade judicial quanto pelo proprietário do aparelho.
- A verificação da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva demanda reexame de fatos e provas, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.
- Agravo regimental desprovido.²

² Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100505166&dt_publicacao=13/08/2021. Acesso em: 10 jun. 2024.

Comentários à Jurisprudência

DA COMENTARISTA

Daniela Villani Bonaccorsi



- Doutora e Mestre em Direito Processual
- Desembargadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- Professora da PUC Minas
- Orientadora no curso de Direito Penal Econômico do Instituto Europeu de Ciências Penais IBCCRIM/COIMBRA
- Coordenadora do curso de pós-graduação em Direito Penal Econômico da PUC Minas

Comentários à Jurisprudência

DA ANÁLISE

1 INTRODUÇÃO

Os arts. 240, § 2º, e 244, do Código de Processo Penal preveem os requisitos para a busca pessoal e os critérios de fundada suspeita.

O conceito de fundada suspeita é extremamente aberto e revela um risco jurídico, em se tratando de medida que restringe direitos fundamentais. Por se tratar de cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, remete à ampla e plena subjetividade do policial. Há grande dificuldade na delimitação de critérios objetivos que limitem racionalmente o seu emprego, em ordem a preservar o princípio da dignidade humana e os direitos da personalidade de intervenções estatais arbitrárias.

Com a análise dos dispositivos legais, perceber-se-á que a mera desconfiança, experiência ou pressentimento do policial não são suficientes para justificar e formar a fundada suspeita. Para tanto, deve o agente de segurança pública valer-se de elementos concretos, circunstâncias objetivas que fundamentem a abordagem conduzida. Isso se deve ao fato de ser a busca pessoal um constrangimento imposto ao cidadão, em que seus direitos individuais são temporariamente restringidos.

Ocorre que, 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

Comentários à Jurisprudência

subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência e até vestimentas. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimarem a ação dos agentes públicos diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.

Pretende-se abordar, portanto, a relação da fundada suspeita, a partir de uma perspectiva criminológica, relacionada com aspectos de exclusão social, preconceito racial e pobreza. Para a análise pretendida é essencial a construção de um arcabouço das Teorias Conservadoras e Escola Positiva Criminológica. Isso porque, a partir de análise do conteúdo dos fundamentos de uma busca pessoal, percebem-se, muitas vezes, seletividade, preconceito e aumento da exclusão.

Os fundamentos das escolas criminológicas explicam a história de exclusão e preconceito, bases estruturais da formação da sociedade brasileira. Observa-se, de maneira patente, que, atualmente, no Brasil, os fundamentos de segurança pública apresentam similaridades com perspectivas criminológicas positivistas, uma vez que a repressão policial, diversas vezes, é seletiva, direcionada e segregacionista, centralizando-se em áreas específicas e focalizando indivíduos que detenham determinadas características.

O poder do Estado decorre da sua capacidade de controlar as fontes de violência, os conflitos existentes na sociedade, bem como de minimizar os efeitos de suas próprias ações violentas. Mas o poder não é ilimitado, ao contrário, ele demanda a existência de controles políticos, institucionais e coletivos. Dessa forma, as propostas de controle social da violência devem levar em conta que não é o aumento do poder do Estado sobre a sociedade nem a radicalização de políticas repressivas que farão com que os conflitos retornem a patamares razoáveis, mas,

Comentários à Jurisprudência

sim, do conhecimento de que os excessos e inobservância a garantias fundamentais podem provocar sérias consequências procedimentais.

Apesar de não constituir objeto da análise jurisprudencial, pretende-se, ainda, ratificar que a inobservância a garantias fundamentais de qualquer um, reincidente, branco, negro ou miserável, leva à lógica da obtenção de provas por meio ilícito. Ou seja, a apreensão de droga ou objeto ilícito não legitima os excessos. Ao contrário, há um efeito rebote no qual a inobservância dos arts. 240 e 244 do CPP traz a nulidade de todo o procedimento. Amparando-se na relação criminológica e na abordagem feita sobre aspectos subjetivos da autoridade, demonstrar-se-á que a apreensão de objeto ilícito não traz licitude ao procedimento.

2 DA JUSTA CAUSA NA BUSCA PESSOAL

A busca pessoal é medida excepcional na invasão da esfera de intimidade do indivíduo e somente se justifica de maneira excepcional, nos estritos limites dos requisitos previstos em Lei. A ponderação entre os valores segurança e intimidade é prevista no art. 240, § 2º, do CPP, a prever que “se procederá à busca pessoal quando houver fundada suspeita”, que, nos termos do art. 244, independerá de mandado. Portanto, a busca pessoal é autorizada sempre que houver fundada suspeita de que o sujeito esteja na posse de qualquer objeto relacionado à prática de uma infração penal,

Há de se reconhecer, entretanto, que o conceito de “fundada suspeita” é extremamente aberto, fazem-se necessários limites interpretativos, a fim de viabilizar um controle judicial mais rigoroso, evitando um papel acrítico das apreensões em diligências policiais:

Comentários à Jurisprudência

[...] a normativa 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.

3. 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 (Brasil, 2022b).

Por suspeita fundada entende-se aquela amparada por elementos concretos, e não meramente subjetivos, que possam ser objetivamente expostos, de forma a demonstrar, racionalmente, a proporcionalidade da medida, bem como a necessidade premente de se relativizar os direitos fundamentais à intimidade e privacidade em prol da utilidade da persecução criminal. Justificativas de foro íntimo e pessoal, que nascem de motivos imperscrutáveis, porque lastreados apenas no subjetivismo do agente, não se prestam a um exame objetivo e exterior de racionalidade. Assim, não poderá o fundamento da busca pessoal fundamentar-se, unicamente, em experiência ou pressentimento.

O Ministério da Justiça, a partir de cartilha expedida pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), inclusive, procurou orientar a atuação do policial quanto aos aspectos gerais na abordagem, explicando que a

Comentários à Jurisprudência

fundada suspeita é pressuposto inicial para que o policial realize a abordagem. Resulta da análise da existência de elementos concretos e sensíveis que indiquem a necessidade da abordagem. “Não tem como direcionar simplesmente a desconfiança ou perspicácia do agente público. Assim, o policial deve nortear sua conduta por dados concretos” (Brasil, 2010, p. 17).

Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção do Estado na esfera de privacidade dos cidadãos deve ser sempre excepcional e vir amparada por justificativa racional. Tratando-se de fundada suspeita, os elementos concretos que a amparam devem ser verificados antes da abordagem. Exige-se 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 pelo 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. Em decisão no mesmo sentido, justifica-se, ainda, a necessidade de amparo em *standard probatório* que justifique tal 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,

Comentários à Jurisprudência

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.

7. 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 írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade (Brasil, 2022b).

Em importante precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "Fernández Prieto & Tumbeiro v. Argentina", entendeu aquela Corte que a abordagem policial baseada apenas em parâmetros subjetivos, como atitude suspeita; percepção de "movimentos furtivos"; mera presença em "área de alta criminalidade"; "denúncia" anônima isoladamente considerada; descrição genérica do suspeito, como a indicação inespecífica sobre o gênero ou a cor da pele, **viola o art. 7.3 do Pacto de San José da Costa Rica**, o qual prevê: "[...] ARTIGO 7 - Direito à Liberdade Pessoal [...]. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários [...]."

Dentre os requisitos do art. 244 do CPP, imprescindível, em termos de *standard* probatório, a existência de fundada suspeita (*justa causa*). O art. 244 do CPP somente autoriza buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata (STJ, RHC nº 158.580/BA (2021/0403609-0)). Também o §2º do art. 240 do CPP, ao consagrar a necessidade da presença de fundada suspeita, depende da razoabilidade e concretude na abordagem de indivíduo, como forma de se evitar abordagens preconceituosas, exploratórias e aleatórias:

A "fundada suspeita sobre o conduzido" (art. 304 do CPP) capaz de

Comentários à Jurisprudência

determinar que se mande a recolher a prisão alguém pela prática de crime, mais do que mera afirmação, precisa estar fundamentada de modo juridicamente consistente, alcançando todos os requisitos formais e materiais que compõem a regra do jogo do instituto complexo da prisão em flagrante, não fosse assim não seria necessária a lavratura de um “auto” (Rosa; Berclaz, 2015).

Portanto, fórmulas genéricas, como: “demonstrar nervosismo”, “andar com uma sacola em local comumente destinado a tráfico”, “correr ao avistar a viatura” não constituem, em regra, fundamento para a revista pessoal. O art. 244 obriga uma motivação por circunstâncias concretas do caso, ou seja, necessário que haja forte justificativa a subsidiá-la. Deve haver justa causa específica a indicar a necessidade da busca pessoal, e não o inverso, como no caso em apreço, abordagem e busca pessoal visando a especular indiscriminadamente, sem qualquer objetivo predefinido.

3 A MARGINALIZAÇÃO E BUSCA PESSOAL: A COMPREENSÃO DO “PRECONCEITO” A PARTIR DAS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS CONSERVADORAS

Há uma clara relação entre busca pessoal e locais e pessoas em situação periférica. 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. Essa foi uma das conclusões de um estudo conduzido pela Universidade da Carolina do Norte, que resultou no artigo “Police suspicion and discretionary decision making during citizen stops” (“Suspeita policial e discricionariedade durante a abordagem ao cidadão”) (Albert; MacDonald, 2005).

Comentários à Jurisprudência

Na referida pesquisa, os autores buscaram compreender os fatores que motivam o policial do município de Savannah, Georgia, nos Estados Unidos da América, a suspeitar de alguém. Para tanto, foram analisados 174 incidentes, ao longo de oito meses. Em todos os casos, o comportamento do policial e do cidadão foram documentados, retratando o momento em que se deu a formação da suspeita. O estudo mostrou que há um grande peso sobre o fator racial, bem como sobre o comportamento do suspeito no momento da abordagem e sua possível reação à presença policial, sendo tais fatores o que determina a condução dessa diligência.

Com isso, percebe-se a grande subjetividade que acaba por amparar a conduta do policial, acrescida, sobretudo, ao local onde o procedimento é realizado. Esses elementos de raça, cor, local, vestimentas somente podem ser compreendidos com a compreensão de seu aspecto criminológico.

O reconhecimento da seletividade do sistema penal não depende de grande aprofundamento. Ao se analisar dados objetivos, percebe-se, segundo levantamentos do sistema de informações estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (Infopen), que, dos presos no Brasil, 61,7% são negros ou pardos frente à população brasileira, e mais de 70% desses são periféricos, não possuem ocupação laboral formal, são pessoas desempregadas, em subempregos ou em situação de pobreza.

A relação entre marginalização e pobreza não é atual, desde o Código Penal do Império do Brasil, de 1830,³ tipificavam-se vadios e mendigos, o que se estendeu até o período pós-abolição da escravidão. Existe uma razão para essa

³ Capítulo IV, art. 295: “Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e útil, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente” (Brasil, 1830).

Comentários à Jurisprudência

manutenção, pois aqueles negros, recém-libertos das fazendas e que decidiram não continuar trabalhando para seus antigos donos, eventualmente, acabavam presos em busca da própria sobrevivência. Uma lógica perversa, mas jurídica e, formalmente, estruturada. A questão criminal se relaciona com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social.

Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra". Mais do que isso, "os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção" (Da Mata, 2021, p. 150, 156).

Assim, a criminologia e a política criminal surgem como uma espécie de eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo (Batista, 2011, p. 23):

Então, entre os séculos XIII e XVIII, articulam-se as técnicas da Inquisição com o surgimento das cidades, a aparição da ideia de contrato, o fortalecimento da burguesia e o absolutismo, configurando o Estado moderno e suas estruturas penais. Mais especificamente entre o século XIV e o XVIII, a acumulação de capital que impulsionará o mercantilismo, a manufatura e, logo, a Revolução Industrial forjará uma sociedade de classes através da luta para o disciplinamento de contingentes de mão de obra para o trabalho. O disciplinamento dos pobres para a extração de mais-valia, energia viva do capital, vai precisar da ideologia, da racionalidade utilitarista a legitimar as relações e as técnicas de domínio

Comentários à Jurisprudência

dos homens e da natureza. A violência e a barbárie fazem parte desse cenário, produzidas pelo excesso de civilização, e não pela sua antítese (Batista, 2011, p. 25).

Em meados do século XVIII, sob a égide de uma visão mais humanista e por inspiração do movimento Iluminista, surge a Escola da Criminologia Clássica, encabeçada por Cesare Beccaria (2012) e Jeremy Bentham (2000). A Criminologia Clássica se opunha à irracionalidade das práticas punitivas absolutistas, valorizando princípios humanitários, como a liberdade e a dignidade do indivíduo. Essa corrente significou um giro paradigmático em relação às penas absurdas e/ou torturas que eram aplicadas aos condenados durante a Idade Média e início da Idade Moderna. Nesse cenário de crítica aos excessos estatais, a utilização de pena de morte e a ausência de parâmetros legais para a aplicação das penalidades, a Criminologia Clássica, apesar de essencialmente contratualista e com a ideia central de prevenção geral da pena, apresenta grandes avanços no que tange à observância da legalidade e da dignidade do indivíduo apenado:

Del principio utilitarista de la máxima felicidad del mayor número y de la idea del contrato social se sigue que el criterio de medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, mientras la exclusión de la pena de muerte se hace derivar por Beccaria de la función misma del contrato social, con la cual ella contrastaría lógicamente, ya que es impensable que los individuos pongan espontáneamente en el depósito público no sólo una parte de su propia libertad, sino su existencia misma. De la idea de la división de poderes y de los principios humanitarios iluministas, de lo cual es expresión el libro de Beccaria, se derivan, en seguida, la negación de la justicia de gabinete, propia del sistema inquisitivo, la negación de la práctica de la tortura, así como la afirmación de la exigencia de salvaguardar los derechos del imputado por medio de la actuación de un juez obediente, no al ejecutivo, sino a la ley (Baratta, 2004, p. 26).

A vertente clássica da criminologia dedicou-se, prioritariamente, ao

Comentários à Jurisprudência

estudo do sistema penal, à racionalização da aplicação da pena, através da propositura de uma dosimetria para a condenação, análise da proporcionalidade e a finalidade da penalidade a ser aplicada, a valorização da dignidade humana do apenado e principalmente, a necessidade de observância do princípio da legalidade para o estabelecimento da repressão penal.

O estudo dessa escola criminológica centrou-se na propositura de alterações no sistema penal, não despendendo maiores esforços sobre possíveis causas ou origens do fenômeno criminológico. A questão criminal passou por alguns avanços a partir da Criminologia Clássica, sobretudo pela contribuição de Beccaria, mas a análise proposta por essa escola restringia-se a aspectos legais e dogmáticos do sistema penal, sem aprofundamento quanto à sistemática criminológica de maneira holística. O conhecimento científico criminológico clássico era voltado ao sistema penal objetivamente, sem substanciais investigações subjetivas a respeito do fenômeno da ação delituosa, limitava-se aos clássicos, ao entendimento de que o crime seria fruto de escolha do indivíduo, prerrogativa que seria isenta de interferências ambientais ou estímulos externos:

Embora o objeto de estudo da escola clássica tivesse sido privilegiadamente o sistema penal, não significa que nada tivesse a dizer a respeito da explicação do crime: partindo de um princípio geral e abstrato, o crime seria fruto de uma escolha racional. Escolha que encontraria a sua razão de causa no livre arbítrio (entendido como uma questão de autonomia pessoal) ao serviço do hedonismo (Gouveia, 2016, p. 39-40).

Em contraposição ao pensamento iluminista, em que o livre arbítrio se faz

Comentários à Jurisprudência

presente nas tomadas racionais de decisão dos indivíduos, no final do século XIX e início do século XX, surge o pensamento teórico criminológico positivista, trazendo a resolução do problema criminal a partir da ciência, que deveria efetivar a correção do indivíduo delinquente.

A escola positivista criminológica, a partir do estudo do criminoso, apresentou a ideia na qual o crime teria origem médica e natural. Os positivistas passaram a observar o fenômeno criminológico sob aspectos sociais, ultrapassando uma análise tão só normativa ou referente ao ilícito em si e partindo para um estudo sobre o indivíduo criminoso. Pode-se perceber que, a partir da escola positivista, expandiu-se o escopo dos estudos das questões criminais, passando a considerar também como objeto de análise a figura do autor do delito. Sob uma ideologia repressiva e hierárquica (Santos, 2018), estabeleciam-se premissas de ordem etiológica e biológica.

A Criminologia Positiva (Lombroso, 2001) centralizou o estudo da questão criminal a partir da figura do delinquente.⁴ O desenvolvimento era pautado em aspectos de ordem social, relacionando fatores como a pobreza e a marginalidade com o fenômeno criminológico, entendendo que o indivíduo que se desenvolve em cenários de precariedade estaria predisposto ao cometimento de ato ilícito, sendo apontados como pré-criminosos.

Porém, a partir do objeto de estudo da escola positivista, imprescindível

⁴ “Assim, criado o conceito por Lombroso do ‘criminoso nato’ e estabelecendo distinções de ordem científico-biológicas entre os indivíduos, procediam com a análise da questão criminal, como se vê por Marcos César Alvarez. Ao partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de dados antropométricos, Lombroso construiu uma teoria evolucionista, na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, poder-se-ia identificar, valendo-se de sinais anatômicos, quais os indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime” (Alvarez, 2005, p. 79).

Comentários à Jurisprudência

compreender que o estudo do criminoso na realidade era um estudo “sobre quem era incriminado”. Ou seja, com toda relação da incriminação de condutas relacionadas ao ex-escravo, imigrante e pessoas que não serviam ao modelo econômico vigente. E, importante, também, a relação da teoria eugenista,⁵ caracterizada pela busca de uma melhoria racial seguindo critérios específicos de higiene, gerência de natalidade e populacional, com o objetivo de controle do Brasil como sociedade e nação.

A epistemologia eugenista tinha como objetivo a subjugação de indivíduos, membros da sociedade, porém marginalizados e reféns da pobreza, entendendo-os como inferiores a outros.

Há, nessas teorias, uma relação criada entre pobreza, raça, marginalização e crime. Essas teorias, na realidade, buscavam o convencimento de que a melhora social historicamente buscada estava diretamente ligada ao embranquecimento da população e de que a fatia social que estaria atrasando o desenvolvimento era a da população negra. E isso com os estudos positivistas justificados até mesmo nas características físicas do indivíduo.

Por isso, nesse breve percurso histórico, até a atualidade, a análise das teorias criminológicas conservadoras com composição social é peça fundamental para a compreensão da abordagem policial e do processo de marginalização. As escolas conservadoras em políticas públicas foram pautadas em estigmas sociais, mantendo uma análise de cunho pejorativo e, sobretudo, com a manutenção de visões conservadoras, com fundamentos lombrosianos,

⁵ “Eugenia [...] é sinônimo de eugenesia e eugênica. Tem por fim a melhoria progressiva da espécie, pelo fomento da ‘boa geração’, pela ‘procriação higida’ consistindo, em suma, no enobrecimento físico e mental do homem. [...] Como ciência, tem por objeto a investigação da herança biológica; como arte, tem por escopo a boa procriação” (Nalli, 2005, p. 121).

Comentários à Jurisprudência

como “cara de bandido” e outros elementos pejorativos.

A partir daí, importante elencar a “Labelling Approach Theory”, ou “Teoria do Etiquetamento” (Lemert e Becker). A referida teoria possibilita a compreensão de todo esse contexto histórico-criminológico em diversos procedimentos. Ela assume que, em sociedades pluralistas, todos experimentam impulsos de condutas desviantes, construindo uma concepção de que há pessoas definidas como desviantes e pessoas que definem as outras como desviantes. Essa teoria muda o enfoque das teorias positivistas porque possui uma orientação de subjetividade. O controle social produz o crime porque define que comportamento desviante é comportamento rotulado como desviante. Um homem pode se tornar desviante porque uma infração inicial foi rotulada como desviante:

La criminología sociológica fue incorporando el ejercicio del control social punitivo a su horizonte de proyección y, de ese modo, quebró su anterior límite epistemológico y se convirtió en una criminología de la reacción social, que desplazó del centro de su atención al delincuen te para colocar en su lugar al sistema penal (policía, prisiones, jueces, medios, etc.) (Zaffaroni; Santos, 2019, p. 32).

As correntes de pensamento do *labelling approach* partiram do interacionismo simbólico, e a etnometodologia e, ao contrário da análise a partir do criminoso e do crime, o plano de pesquisa negou a realidade ontológica do crime, passando a analisá-lo por uma perspectiva à existência de uma seletividade discriminatória desse mesmo sistema penal:

De este modo, a partir de los años sesenta del siglo pasado, los anglosajones elaboraron desde la sociología discursos críticos al poder punitivo (criminología académica crítica) que se expandieron por Europa y Estados Unidos, con diferente intensidad deslegitimante, puesto que, por

Comentários à Jurisprudência

un lado, los criminólogos liberales siguieron la perspectiva del etiquetamiento (labeling approach), de carácter interaccionista y prevaleciente análisis micro-sociológicas, en tanto que los radicales, en general marxistas, centraban su atención en lo macrosocial y en particular en el aspecto socio-económica. Aunque ambas posiciones confrontaron, en buena medida no eran incompatibles (Zaffaroni; Santos, 2019, p. 40).

Assim, o cenário aqui exposto indica que os fundamentos da busca pessoal remontam a conceitos afetos às teorias com uma vinculação estereotipada e estigmatizante à criminalidade da pobreza. Nesse sentido:

A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido [...] Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo (Brasil, 2024).

Assim, todo contexto criminológico explica histórica e socialmente a ofensa a garantias fundamentais majoritariamente em grupos vulneráveis e minoritários, em razão da discriminação contra negros e pobres (Pinheiro, 1997, p. 43-44). Nessa perspectiva, resta demonstrada a necessidade de se apontar elementos concretos passíveis de evidenciar a fundada suspeita, sob risco de se perpetuar a estigmatização e criminalização de práticas culturais provenientes dessas populações.

4 A BUSCA PESSOAL INFUNDADA E A NULIDADE DA APREENSÃO

Comentários à Jurisprudência

No vigente Código de Processo Penal, a regra é a liberdade geral das provas, os meios proibidos de obtenção da prova não são taxativos. A limitação das provas que atentam contra os direitos fundamentais, como moralidade e dignidade da pessoa humana, de um modo geral, decorre de princípios constitucionais. A vigente Constituição insere a questão das provas obtidas por meios ilícitos no capítulo referente às garantias constitucionais. A justificativa para tal pode ser fundamentada na forma de colheita de provas processuais, diretamente interferindo na esfera das liberdades individuais.

Em seu art. 5º, LVI, a Constituição Federal estabelece que: “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos [...]”. A prova ilícita, assim, nos dizeres da carta política, é aquela obtida por meios vedados pela norma material. Os dados obtidos com violação do ordenamento simplesmente não podem ingressar no procedimento. Se, apesar disso, forem incorporados aos autos, não poderão ser valorizados pelo juiz:

Assim, com fulcro na Constituição Federal, quanto aos meios de prova, nem todos são reputados lícitos: a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais são espécies de freio às exacerbações probatórias. O Estado deve restringir, limitar, proibir ou impedir a utilização de determinados meios de prova ou o seu uso em relação a certos fatos (Bonaccorsi, 2014, p. 113).

A inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos, canal privilegiado escolhido para a atuação no sistema de garantias, repercute, não só na estrutura de atuação das garantias previstas na Constituição, como, também, na obrigatoriedade do processo, incessantemente chamado a adequar-se ao “modelo” previsto na Constituição. A inadmissibilidade de tais provas como

Comentários à Jurisprudência

garantia é, ainda, requisito de processo regularmente construído, segundo a estrutura normativa constitucional:

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. No caso dos autos, a busca pessoal foi efetuada porque o Paciente era conhecido nos meios policiais pela prática de crimes, tentou empreender fuga ao avistar a viatura policial e teria se comportado de 'modo suspeito'. Como se vê, não foi demonstrada a necessária justa causa, apta a demonstrar a legalidade da medida invasiva. 2. Os arts. 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, exigem que haja fundada suspeita, e não mera impressão subjetiva, sobre a posse de objetos ilícitos para que seja possível a referida diligência. Essa fundada suspeita deve, portanto, ser objetiva e justificável a partir de dados concretos, independentemente de considerações subjetivas acerca do 'sentimento', 'intuição' ou o 'tirocínio' do agente policial que a executa. 3. A posterior situação de flagrância não convalida a revista pessoal realizada ilegalmente, pois amparada em meras suposições ou conjecturas. A propósito, nem mesmo o histórico criminal mencionado no acórdão impugnado legitima a diligência policial, pois, na hipótese, não havia fundada suspeita de que o Acusado estava na posse do entorpecente. 4. Ordem de *habeas corpus* concedida para anular as provas obtidas mediante a busca pessoal realizada pelos policiais militares, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o Acusado da imputação feita na Ação Penal nº 0700426- 55.2021.8.02.0049 (Brasil, 2022a, grifo nosso).*

O Estado deve responder pela violação do direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, proteção da honra e dignidade, além da igualdade perante a lei e dever de não discriminação. Por isso, a apreensão que partiu de busca pessoal sem fundamentos foi obtida por meio ilícito. Essa apreensão é clara

Comentários à Jurisprudência

fishing expedition,⁶ ou pescaria probatória, pois não possui "causa provável", alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade). A vedação à *fishing expedition* é entendida como consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*).

As garantias constitucionais colocam barreiras às práticas ilegais. O direito à privacidade é um dos pilares de uma sociedade democrática. A exceção à garantia de intimidade do indivíduo depende de juízo de probabilidade, descrito de modo objetivo e devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto e a urgência para execução da diligência.

Dentre os requisitos do art. 244 do CPP, imprescindível, em termos de *standard* probatório, a existência de fundada suspeita (*justa causa*). O art. 244 do CPP somente autoriza buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais resulta na ilicitude das provas obtidas, 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 (Brasil, 2021).

Valorar provas obtidas por meios ilícitos seria aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais (Lopes Jr., 2022, p. 439).

A apreensão de objeto ilícito não traz legitimidade para busca pessoal

⁶ O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas se tem "convicção" (o agente não tem provas, mas tem convicção).

Comentários à Jurisprudência

infundada, caso contrário, poder-se-ia até mesmo admitir apreensões e confissões obtidas por tortura. Ambos constituem meios ilegítimos.

5 CONCLUSÃO

A “fundada suspeita” não raramente se apropria de estereótipos, transcendendo a punibilidade, e a falta de critérios objetivos gera o risco de nulidade diante da utilização de meios ilícitos na obtenção da prova. Por isso, necessário se repensar os critérios metodológicos de constatação da criminalidade e de critérios para a busca pessoal.

É necessário o rompimento de um paradigma punitivo baseado em fundamentos criminológicos de exclusão social com a reconstrução dos elementos da criminologia crítica. O uso de estereótipos “pressupõe uma presunção de culpa contra qualquer pessoa que se enquadre neles, e não a avaliação caso a caso dos motivos objetivos que efetivamente indique que uma pessoa está ligada ao cometimento de um crime” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Prieto e Tumbeiro v. Argentina, 2020). E, ainda, que as detenções com bases discriminatórias são “manifestamente desarrazoadas e, portanto, arbitrarias” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Prieto e Tumbeiro v. Argentina, 2020).

A criminalidade deve ser visualizada de forma ampla, como a prática de conduta definida como crime, e praticada por qualquer um, com políticas de segurança nas quais se discutem mecanismos de responsabilização eficazes, políticas sociais preventivas, com uma redefinição em torno do controle penal.

A nulidade do processo decorrente de uma busca policial ilegal demonstra

Comentários à Jurisprudência

como a justiça luta para equilibrar o poder do Estado e os direitos dos indivíduos. Cada pessoa tem o direito de ser protegida contra invasões ilegítimas na sua privacidade, responsáveis pela enorme seletividade penal e o arbítrio praticado pelas forças de segurança.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Geoffrey P.; MACDONALD, John M.; DUNHAM, Roger D. Police suspicion and discretionary decision during citizen stops. 2005. Disponível em: http://www2.law.columbia.edu/fagan/courses/law_socialscience/documents/Spring_2006/Class%2021Racial%20Profiling/Alpert_Criminology.pdf. Acesso em: 02 out. 2016.

ALVAREZ, Marcos César. O homem delinquente e o social naturalizado: apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. *Revista Teoria e Pesquisa*, [s. l.], n. 47, p. 71-92, 2005.

ANDRADE, Vera Regina. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Trad. Alvaro Busnter. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEATO FILHO, Cláudio C.; PAIXÃO, Antônio Luiz. Crimes, vítimas e policiais. *Tempo Social, Rev. Sociol. USP*, São Paulo, v. 9, p. 233-248, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Comentários à Jurisprudência

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. [S. l.]: Autêntica, 2020.

BONACCORSI, Daniela. *Das provas obtidas por meios ilícitos*. [S. l.]: D'Plácido, 2014.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Penal do Império do Brasil. Manda executar o Código Criminal. D. Pedro por Graça de Deus, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. Rio de Janeiro aos dezaseis dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta, nono da Independencia e do Imperio. Imperador com guarda. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Atuação policial na proteção dos direitos humanos de pessoas em situação de vulnerabilidade*: cartilha. Brasília: SENASP/MJ, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 598.051/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti, Sexta Turma. *DJe*, Brasília, DF, 2 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22598051%22%29+ou+%28HC+adj+%22598051%22%29.suce>. Acesso em: fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 737.075/AL. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma. *DJe*, Brasília, DF, 12 ago. 2022a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E737.075%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=737.075&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=>. Acesso em: set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *Habeas Corpus* nº 158.580/BA. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma. *DJe*, Brasília, DF, RT v. 1.041, p. 443, 25 abr. 2022b. Disponível em:

Comentários à Jurisprudência

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022. Acesso em: maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 208.240. Decisão monocrática. Relator: Ministro Edson Fachin. *DJe*, Brasília, DF, 22 abr. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6287873>. Acesso em: maio 2024.

CAMPANAG, Vanessa; ARAÚJO, Renata. Circunstâncias relacionadas à letalidade do Rio de Janeiro. *Caderno de Segurança Pública*, [s. l.], ano 11, n. 11, fev. 2019.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA MATA, Jéssica, *A política do enquadro*. São Paulo: RT, 2021.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. L. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

GOUVEIA, João Tiago. *A Escola Clássica de Criminologia*. Repositório das Universidades Lusíada, 2016. p. 37-61. Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4379/1/ld_16_2016_3.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

LEMERT, Edwin M. *Social pathology*. New York: Mc Graw Hill, 1951.

LOMBROSO, C. *O homem delinquente*. Trad. 2. ed. francesa Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2022.

MONSMA, Karl. Racialização, racismo e mudança: um ensaio teórico, com exemplos do pós-abolição paulista. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 27., Natal, 2013. *Anais do XXVII Simpósio Nacional de História*, Natal, 2013.

NALLI, Marcus. Antropologia e racismo no discurso eugênico de Renato Kehl. *Teoria & Pesquisa Revista de Ciência Política*, [s. l.], v. 47, 2005.

Comentários à Jurisprudência

PINHEIRO, Paulo Sergio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. *Tempo Social Revista Sociol. USP*, São Paulo, p. 43-44, maio 1997.

ROSA, Alexandre Morais da; BERCLAZ, Márcio Soares. As razões do auto de prisão em flagrante devem ser motivadas pelo delegado de polícia. 2015. Disponível em: <http://emporiodo-direito.com.br/as-razoes-do-auto-de-prisao-em-flagrante-devem-ser-motivadas-pelo-delegado-de-policia-por-alexandre-morais-da-rosa-e-marcio-soares-berclaz/>. Acesso em: 27 dez. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SILVA, G. F. Considerações sobre criminalidade: marginalização, medo e mitos no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 5, ed. 8, fev./mar. 2011.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Anotações sobre a violência, o crime e os direitos humanos. *Revista de Psicologia da UNESP*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 15, 2003.

YAZBEK, Maria Carmelita. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. *Serv. Soc. Soc. [on-line]*, [s. l.], n. 110, p. 288-322, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos Santos. *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financeiro*. Quito, Ecuador: El Siglo, 2019.