

PORQUE O COLETIVO IMPORTA

por Rafael Simonetti - Promotor de Justiça do MP/GO¹

No dia 19 de janeiro deste ano, em audiência de custódia realizada em sede de plantão criminal na Comarca de Florianópolis/SC, um cidadão foi preso em flagrante porque possuía, no interior de sua residência, um fuzil plataforma COLT, 556 e 30 munições calibre 556², conduta caracterizada como hedionda pela Lei n. 8.072/90³.

Na mencionada audiência, após certificar-se da regularidade do flagrante, a magistrada que presidia o ato concedeu liberdade provisória ao conduzido e substituiu a sua prisão por medidas cautelares menos gravosas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

De acordo com a magistrada, não havia nos autos registro que demonstrasse a **periculosidade social efetiva e a real possibilidade de que o conduzido, solto, pudesse cometer outras infrações penais**⁴.

Na mesma oportunidade, a magistrada ainda determinou a expedição de ofício para o Comando-Geral da Polícia Militar para que a Corporação justificasse, em 48 horas, o motivo pelo qual o conduzido havia sido preso sem camisa.

¹ Nossa página no Facebook: **@ProfRafaelSimonetti**.

² De acordo com o **art. 16 da Lei n. 10.826/03** (Estatuto do Desarmamento): “Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”.

³ **Art. 1º - (...). Parágrafo único.** Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. (Redação dada pela Lei nº 13.497, de 2017) – Destacou-se.

⁴ Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/justica-manda-soltar-suspeito-presos-com-fuzil-e-cobra-conduta-da-policia-20012019>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

Após recurso do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina revogou a decisão proferida em sede de audiência de custódia e determinou a prisão preventiva do conduzido, suspendendo, ainda, o ofício expedido para a Polícia Militar⁵.

Nesse contexto envolvendo periculosidade social, o primeiro aspecto a se considerar, é que o Constituinte originário tratou a **segurança pública**, ao lado de outros direitos importantes, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, como um **direito fundamental do cidadão**⁶. Não podemos renegar esse direito a um 2º plano, abaixo, por exemplo, do direito à liberdade.

A importância do direito fundamental à segurança pública é evidenciada nas palavras de ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUSA que, embora abordando o tema sob a perspectiva da Constituição Portuguesa, possui integral aplicabilidade em nossa legislação:

No Estado de Direito, a segurança pública não constitui apenas fundamento da actuação das forças policiais, mas também um direito fundamental. A segurança é mesmo um dos direitos fundamentais mais elementares do ser humano, certamente o direito que vem imediatamente após o direito à vida. Esse direito fundamental encontra-se reconhecido não só na Constituição Portuguesa, como nos principais diplomas internacionais que incidem sobre direitos humanos⁷.

⁵ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/desembargadora-manda-prender-homem-flagrado-com-fuzil-que-foi-solto-em-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

⁶ **Art. 5º, “caput”, da CF:** “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

⁷ SOUSA, Antônio Francisco de. **A Polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.30.

Em um artigo recém escrito pelo advogado FLÁVIO JARDIM⁸, que visou tratar de uma das propostas do atual governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, que se refere à possibilidade de abatimento, por atiradores de elite, de criminosos que estiverem portando armas de uso exclusivo das forças armadas, o autor realizou um sólido estudo de informações acerca da jurisprudência norte-americana e da forma como a Suprema Corte daquele país interpreta o **modo de agir da polícia** – lembram do ofício para o Comando-Geral da Polícia Militar expedido na audiência de custódia? – e do que comumente se denomina por aqui de **periculosidade social efetiva**.

No presente artigo, selecionamos um julgado emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, inclusive, foi objeto de menção no texto de JARDIM, e que reflete com exatidão os conceitos acima destacados que estamos a tratar aqui: **Caso Scott v. Harris**.

Neste caso, decidido por 8 votos a 1, em 2007, **discutiu-se a questão das perseguições policiais e técnicas de parada forçada, tendo a decisão da Corte o potencial de impactar a política de busca em todo o país**.

Em se tratando de buscas e apreensões, a **Quarta Emenda da Constituição Americana**⁹ refere-se à proteção de todo cidadão contra buscas e apreensões arbitrárias e, não raras vezes, é objeto de interpretação pela Suprema Corte¹⁰.

⁸ JARDIM, Flávio. **Atiradores de Elite e o Direito**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/atiradores-de-elite-e-o-direito-21112018#_ednref61>. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁹ **Mandados e Buscas**: “O direito dos cidadãos de estarem protegidos na sua pessoa, casa, papéis e bens contra buscas e apreensões irrazoáveis não será violado, e não será emitido nenhum mandato de busca ou apreensão, a menos que por uma razão plausível, fundada em juramento ou afirmação, e que descreva particularmente o lugar da busca, assim como as pessoas ou coisas a serem apreendidas”. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

¹⁰ Nos dizeres do constitucionalista JORGE MIRANDA: “A constituição norte-americana é simultaneamente rígida e elástica. Rígida porque a alteração formal de seu texto é complexa e diferenciada do processo legislativo de elaboração de uma lei ordinária. Para alterar o texto ou

Este processo envolveu uma perseguição veicular em alta velocidade no Estado da Geórgia em que o adjunto do xerife, **Timothy Scott**, se juntou à operação, assumindo o comando do veículo principal e, após diversos alertas para que o jovem **Victor Harris** parasse seu automóvel, sendo frustradas todas as tentativas, bateu o seu carro diretamente na traseira do veículo de Harris, fazendo com que o jovem perdesse o controle, saísse da estrada e batesse, deixando-o tetraplégico¹¹.

Harris ingressou com uma ação judicial alegando o **uso de força excessiva** com base em uma apreensão irracional sob a Quarta Emenda. O caso chegou à Suprema Corte e, em 30 de abril de 2007, por 8 votos contra 1, **a Corte decidiu que a tentativa do policial de terminar uma perigosa perseguição em alta velocidade que ameaça a vida de espectadores inocentes não viola a Quarta Emenda, mesmo quando coloca o motorista em fuga em risco de ferimentos graves ou morte**¹².

O Tribunal concluiu como **razoável** que o policial agisse da forma que fez, rejeitando o argumento do jovem Harris de que a segurança poderia ter sido assegurada se a polícia simplesmente cessasse sua perseguição.

promover emendas aditivas ou supressivas é necessária a participação dos Estados membros da federação em um processo lento e complexo. Isto explica em parte o número reduzido de emendas. Entretanto o principal motivo da existência de poucas mudanças formais do texto, através de emendas, e o fato de que, este texto sintético e principiológico permite mutações interpretativas, mudança de compreensão de seu sentido e do conceito de seus princípios, que torna desnecessária o recurso constante a mudança do texto, pois muda-se a Constituição mudando o seu sentido, a sua compreensão, sem ter que mudar o texto.” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Saraiva: São Paulo, 2001. p. 84).

¹¹ Disponível em: <<https://www.policeone.com/legal/articles/1242114-Scott-v-Harris-The-Supreme-Court-decision-and-its-impact-on-police>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

¹² Ibid.

A Corte simplesmente aplicou o “**teste de razoabilidade**” da **Quarta Emenda**. Independentemente de a ação do policial Scott ter sido uma força letal, o Tribunal declarou que o que importa é se essas ações eram razoáveis. O Tribunal sentiu claramente que Harris intencionalmente colocou a si mesmo e ao público em perigo participando de uma perseguição de alta velocidade¹³.

Nas palavras do *justice*¹⁴ **Antonin Scalia**, que redigiu o voto da maioria, tudo o que importa é se as ações de Scott eram razoáveis:

“Ao determinar a razoabilidade da maneira pela qual uma apreensão é efetuada, [nós] devemos equilibrar a natureza e a qualidade da intrusão nos interesses da Quarta Emenda do indivíduo contra a importância dos interesses governamentais alegados para justificar a intrusão”¹⁵.

A preocupação do juiz da Suprema Corte com a **periculosidade social** gerada pelo comportamento do jovem motorista fica destacada quando ele ressalta que:

¹³ Ibid.

¹⁴ “A Suprema Corte dos Estados Unidos da América é composta por nove magistrados, conhecidos como *Justices*, sob a presidência de um juiz, chamado *Chief of Justice* ou apenas *Chief Justice*. Os outros oito magistrados são chamados *Associate Justices*. Ambos são indicados pelo Presidente da República e aprovado pela maioria simples do Senado. A função de *Justice* é vitalícia, integral, ou seja, em dedicação exclusiva, salvo o exercício do magistério. Até esse ponto, não se difere muito do modelo brasileiro (com exceção da quantidade de julgadores – atualmente, no Supremo Tribunal Federal, são onze ministros), que, inclusive, foi inspirado pelo modelo norte-americano insculpido na Constituição de 1787. Contudo, a figura do *Chief of Justice* é bem peculiar, diferente do equivalente brasileiro, isto é, do presidente do Supremo Tribunal Federal”. (REGO, Carlos Eduardo Reis Forte do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 149-150).

¹⁵ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/372/>>. Tradução livre. Acesso em: 20 jan. 2019.

“embora não exista uma maneira óbvia de quantificar os riscos de ambos os lados, fica claro na fita de vídeo que o entrevistado representava uma ameaça real e iminente à vida de qualquer pedestre que estivesse presente, a outros motoristas civis e aos policiais envolvidos na perseguição”¹⁶.

Nesse contexto, a “**razoabilidade**” de um determinado uso da força deve ser julgada a partir da perspectiva de um oficial sensato em cena, e seu cálculo deve incorporar uma provisão para o fato de que policiais são frequentemente forçados a tomar decisões em frações de segundos, ou seja, a Corte assenta que, nessas situações, deve-se analisar a legalidade da ação sob a perspectiva do agente de polícia razoável presente na cena do crime, **e não com visão 20/20 e em retrospectiva**¹⁷”.

JARDIM ressalta que:

“o cálculo de razoabilidade deve levar em conta o fato de que policiais são frequentemente forçados a fazer julgamentos em frações de segundo – em circunstâncias que são tensas, incertas e rapidamente se alteram – sobre o nível de força que é necessária em uma situação particular”¹⁸.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ “Num teste de acuidade visual, a visão 20/20 significa que uma pessoa enxerga claramente a 20 metros o que normalmente deve ser visto àquela distância. Significa, então, que ela tem acuidade visual, uma visão normal ou perfeita. Uma pessoa é considerada legalmente cega se ela apenas conseguir ver algo a 20 metros que uma pessoa normal consegue a 200 metros (visão 20/200). Por outro lado, uma pessoa é considerada com acuidade extraordinária, mais que perfeita, se conseguir ver algo a 20 metros que uma pessoa só consegue ver a 10 metros (visão 20/10). <https://visionsource.com/blog/what-does-20-20-vision-mean/>. A Suprema Corte recorre a essa analogia para afastar a possibilidade de os Tribunais utilizarem uma visão perfeita dos fatos quando julgam os casos, pois essa visão perfeita só existe, pois os fatos já ocorreram e só agora estão sendo examinados. A visão do partícipe não era essa quando os fatos ocorreram”. (JARDIM, Flávio. **Atiradores de Elite e o Direito**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/atiradores-de-elite-e-o-direito-21112018#_ednref61>. Acesso em: 20 jan. 2019). Destacou-se.

¹⁸ Ibid.

Ainda de acordo com ele:

“a maior herança dos julgados da Suprema Corte é fornecer critérios sobre como o Judiciário deve fazer a “*segunda leitura*” das decisões de policiais acerca da necessidade de uso de força letal, sobretudo porque tais “*segundas leituras*” geralmente são efetivadas num momento futuro, **(a) com base em informações mais amplas as quais, muitas vezes, não estavam disponíveis no momento da ação**, e **(b) por julgadores que não estavam submetidos às mesmas tensas, incertas e voláteis circunstâncias enfrentadas pelos policiais no momento da tomada de decisão**. Daí menção à impossibilidade de se usar um critério interpretativo dos fatos de “*visão 20/20 em retrospectiva*”, isto é, da necessidade se revisar a conduta de acordo com os elementos cognitivos e com as tensões do momento da ação, os quais poderiam ser obscuros na perspectiva do policial no momento da operação e apenas se tornaram claros no curso do processo. Esse cuidado evita o chamado “*efeito eu sempre soube*”, também denominado “*viés retrospectivo*”, o qual foi experimentalmente demonstrado pelo psicólogo americano Baruch Fischhoff”¹⁹.

Destacando novamente a **periculosidade social** de um motorista que foge da polícia em alta velocidade pelas vias públicas, **Antonin Scalia** considera apropriado levar em conta não apenas o número de vidas em risco, mas também a culpa do jovem motorista, que criou esse risco. Afinal de contas, foi Harris que intencionalmente colocou a si mesmo e ao público em perigo ao se engajar ilegalmente com seu veículo em alta velocidade, devendo assumir sua responsabilidade por tal conduta.

Como **tese de defesa**, sustentou-se que o público inocente poderia ter sido igualmente protegido e o trágico acidente totalmente evitado, se a polícia simplesmente tivesse cessado a perseguição ao veículo de Harris.

¹⁹ Ibid.

Em sentido contrário à tese defensiva, o Tribunal afastou a aplicabilidade da **teoria do “duty to retreat”**, ou seja, o ***dever de recuar***, entendendo que o ato de um policial de terminar uma perseguição de carros em via pública, mediante uma pancada na parte traseira do veículo do jovem, a qual fez ele sair da pista e capotar, deixando-o tetraplégico, não constituiu força excessiva, pois, em primeiro lugar, não haveria como transmitir convincentemente ao motorista que a perseguição estava encerrada e que ele estava livre para partir²⁰.

Em segundo lugar, o Tribunal entendeu um risco estabelecer uma regra que obrigue a polícia a permitir que fugitivos suspeitos fujam sempre que dirigem de *forma tão imprudente* que põem em risco a vida de outras pessoas, pois incentivaria que motoristas em fuga tentassem, de todo modo, se livrarem da perseguição policial:

“A Constituição certamente não impõe este convite à impunidade - conquistada - por imprudência. Em vez disso, estabelecemos uma regra mais sensata: a tentativa de um policial de terminar uma perigosa perseguição em alta velocidade que ameaça a vida de espectadores inocentes não viola a Quarta Emenda, mesmo quando coloca o motorista em fuga em risco de ferimentos graves ou morte”²¹.

O que se defende, portanto, neste artigo, é que não podemos aceitar que se estabeleça no país, uma regra, quase que absoluta, **em que o interesse individual do cidadão se sobreponha ao interesse coletivo.**

²⁰ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/372/>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

²¹ Ibid.

Quando há confronto de interesses fica patente que a Justiça precisa avaliar a viabilidade desse confronto para garantir a democracia, pois o Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema envolvendo a segurança da população em geral.

Imagine, caro leitor, você sustentar no Brasil que um cidadão parado em uma “blitz” policial deve ser obrigado a realizar o teste do bafômetro como forma de proteger os demais motoristas que circulam pelas vias. Nesse balanço, o direito individual parece estar num patamar superior ao dos direitos coletivos. Mas por qual razão, podemos questionar, se é direito fundamental do cidadão transitar pelas vias públicas em segurança, sem temer o risco de que algum motorista embriagado cause um dano maior a transeuntes e a outros motoristas? **Os direitos coletivos não podem ser a última preocupação do Estado Democrático.**

Assim, retornando ao caso inicialmente narrado, aquele envolvendo a prisão de um cidadão na posse de um fuzil, tem-se que, em face da gravidade da conduta criminosa em tese delineada, e das próprias circunstâncias em que tudo teria ocorrido, nenhuma razão para a aplicação, pura e simples, de medidas cautelares diversas da prisão.

A **garantia da ordem pública** exprime necessidade de se manter a ordem na sociedade que é abalada pela prática de um delito que está inserido no rol dos crimes hediondos.

Haverá situações em que a gravidade concreta do crime praticado – revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo bem jurídico atingido – reclama uma **providência imediata** do Poder Público, sob pena de se pôr em risco a própria legitimidade do exercício da jurisdição, pois

“a **presunção de inocência**, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático

de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. **Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses.** O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria”²². (Destacou-se).

Em arremate, o que se sustenta é que, na colisão entre dois **direitos fundamentais** – direito à segurança pública e direito à liberdade –, sendo ambos absolutamente necessários para a concepção de um Estado verdadeiramente democrático de Direito, deve haver uma **ponderação lúcida** de princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal – **razoabilidade** – para sopesar qual a melhor realização do fim constitucional neles embutidos e que tutele **efetivamente** os direitos do cidadão.

MINI-CURRÍCULO: Promotor de Justiça em Goiás, com atribuição nas áreas do Patrimônio Público, Crimes contra a Administração Pública e Tribunal do Júri. Ex-integrante do GAECO. Professor de Direitos Difusos e Coletivos e Processo Penal. Autor de obras jurídicas e de diversos artigos publicados em revistas especializadas e periódicos.

²² Cf. HC 107318, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 17-10-2012. PUBLIC 18-10-2012.