



IX ENCONTRO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN: 2594-5688

secretaria@sbap.org.br

Sociedade Brasileira de Administração Pública

ARTIGO

**O ATIVISMO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DO
BUROCRATA DO NÍVEL DE RUA: A FUNDADA SUSPEITA EM
DEBATE**

TÂNIA PINC, RAFAEL ISSA,

GRUPO TEMÁTICO: 17 Segurança Pública e Cidadania

IX Encontro Brasileiro de Administração Pública, São Paulo/SP, 5 a 7 de outubro de 2022.
Sociedade Brasileira de Administração Pública
Brasil

Disponível em: <https://sbap.org.br/>

O Ativismo Judicial e a Discricionariedade do Burocrata do Nível de Rua: A fundada suspeita em debate

Resumo:

O artigo analisa um caso de ativismo judicial que pretendeu promover alterações na política de policiamento, dos órgãos de segurança pública do nível federal e estadual, propondo a construção de parâmetros que incidem na tomada de decisão do burocrata do nível de rua. O objetivo desse trabalho é discutir a complexidade da fundada suspeita em contraposição à parametrização proposta pelo magistrado. O argumento central propõe que a fundada suspeita se apoia em múltiplas fontes de informações e conhecimentos e não somente na regra da lei. Dentre os fatores que influenciam a discricionariedade do policial pela decisão de abordagem, o magistrado levou em conta apenas as normas legais. Sendo assim, a interpretação parcial do fenômeno tende a promover resultados negativos à política.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Burocrata do Nível de Rua. Fundada Suspeita. Discricionariedade. Abordagem Policial.

Introdução:

Esse artigo discute a complexidade da fundada suspeita, argumentando que esse fenômeno se baseia nas regras da lei em associação a outras fontes de informações e conhecimentos. A sustentação desse argumento se apoiará em estudo de caso de ativismo judicial que pretendeu promover alterações na política de policiamento, dos órgãos de segurança pública do nível federal e estadual, ao propor a introdução de parâmetros que incidem na tomada de decisão do burocrata do nível de rua.

O caso selecionado para estudo propicia essa discussão porque a fundada suspeita foi interpretada pelo magistrado apenas pela lente da lei. A ausência dos outros fatores de influência produziu um resultado que pode trazer impacto negativo à segurança pública, caso a judicialização da política se concretize.

O ativismo judicial, por definição, é a disposição do magistrado de alterar ou criar alguma política pública pela via jurisprudencial (TATE, 1995). O dissenso entre as orientações ideológicas dos magistrados e de instituições majoritárias como o Executivo e Legislativo associado a essa disposição tendem a influenciar o processo de judicialização da política, nos termos propostos por Tate e Vallinder (1995). Nesse sentido, o magistrado extrapola sua área de atuação e desempenha, extraordinariamente, o papel de *policy maker*.

Do outro lado dessa relação estão os policiais da ponta da linha considerados como burocratas do nível de rua. Aspectos do trabalho policial exigem respostas imediatas, de forma que a discricionariedade é um atributo da função. Dessa forma, o agente de mais baixo nível é compelido a tomar decisões que afetam os cidadãos com quem interage e tais decisões passam a representar o desempenho da organização e até mesmo do governo (LIPSKY, 1980). Nesse sentido, o burocrata do

nível de rua é considerado como *policy maker* e desempenha esse papel, praticamente, em tempo integral.

O caso selecionado para estudo ocorreu no primeiro semestre de 2022. Em decisão de recurso de habeas corpus, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, evidenciou sua disposição de promover alterações na política de policiamento, propondo a parametrização da fundada suspeita (BRASIL, 2022).

A análise judicial recaiu sobre o desempenho de policiais militares do Estado da Bahia, que autuaram em flagrante delito uma pessoa que transportava drogas dentro de uma mochila. Os policiais interpretaram como suspeito o comportamento, realizaram a abordagem, localizaram a droga e autuaram a pessoa em flagrante delito. No relatório do Ministro Schietti, não há menção a qualquer indício de prática policial abusiva, como uso excessivo da força ou discriminação racial, levando a crer que a conduta policial se desenrolou dentro dos parâmetros legais e organizacionais.

Todavia, o magistrado entendeu que os policiais não exerceram corretamente a discricionariedade em função da ausência de “elementos sólidos, objetivos e concretos” que justificassem a suspeita, mesmo tendo flagrado o indivíduo em prática de ato criminoso. Sendo assim, reconheceu que as provas foram obtidas de forma ilícita e trancou o processo penal, favorecendo a pessoa que cometeu o crime. Por fim, o magistrado manifestou expressamente sua disposição de extrapolar os limites do caso julgado ao determinar ampla divulgação de sua decisão, para que fosse implementada por todos os órgãos e agentes da segurança pública¹.

O contexto democrático cria condições para que o fenômeno da judicialização da política se processe e, em alguns casos, o ativismo judicial pode promover contribuições importantes ao preencher lacunas deixadas pelos *policy makers* naturais. No entendimento do Ministro Schietti, a fundada suspeita deve ser justificada por “elementos sólidos, objetivos e concretos” para (i) evitar que a prática da abordagem policial seja usada de forma excessiva; (ii) garantir o controle; e (iii) impedir o racismo estrutural (BRASIL, 2022, p. 2).

Esses seriam os pontos de dissenso entre o Judiciário e o Executivo. Do ponto de vista do magistrado, faz sentido extrapolar sua área de atuação para interferir na política de policiamento,

¹ “Dê-se ciência desta decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital” (BRASIL, 2022, p. 50).

porque os órgãos de segurança pública (i) abordam muito mais do que o necessário; (ii) não possuem um sistema de mensuração que promova transparência; e (iii) porque a cor da pele tem sido um fator relevante na tomada de decisão pela abordagem.

É curioso observar que o Ministro relator trouxe essas questões para o debate em um caso cuja abordagem policial foi bem-sucedida: a suspeita recaiu sobre uma pessoa durante prática de crime, não houve excesso policial e nem discriminação racial. Tate (1995, p.34) ajuda na compreensão desse resultado ao argumentar que juízes ativistas tendem a aproveitar todas as oportunidades para disseminar os “valores que lhe são caros”, de forma a prevalecer sua orientação ideológica. Nesse sentido, a prática do ativismo judicial pode promover impacto negativo à política pública, e por consequência à sociedade, quando o magistrado não interpreta adequadamente o fenômeno.

Para alcançar a compreensão da fundada suspeita é necessário levar em consideração informações e conhecimentos que estão assim distribuídos no seguintes níveis: (i) nível macro; (ii) nível organizacional; (iii) nível individual racional; e (iv) nível individual não consciente. A fundamentação da decisão judicial considerou informações e conhecimentos apenas do nível macro, que se referem às normas legais. Dessa forma, a interpretação parcial do fenômeno pode incidir negativamente na política pública e, por consequência, produzir prejuízos à coletividade.

Nas próximas seções deste artigo, analisaremos cada um desses quatro níveis com o propósito de demonstrar a complexidade da fundada suspeita. Ao final, discutiremos os resultados dessa análise em contraposição à parametrização proposta pelo magistrado.

1 Nível Macro – Regra da Lei

Em decisão de recurso de habeas corpus, o magistrado acatou o argumento de que houve uma “alegação vaga” de atitude suspeita, por parte dos policiais militares que fizeram a atuação em flagrante delito. Dessa forma, considerou que a fundada suspeita estava ausente e, por consequência, as provas obtidas foram ilícitas.

A principal norma legal que orientou a decisão do Ministro Schietti, do STJ, foi o artigo 244 do Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941). Essa “informação/conhecimento” opera em nível macro porque tem abrangência nacional e todos os órgãos de segurança pública estão a ela sujeitos. Além disso, esse dispositivo vige há quase um século, sugerindo uma característica atemporal para adaptação às mudanças sociais.

O texto do artigo 244 do CPP define que a fundada suspeita é a condição que autoriza o policial a parar alguém e realizar a revista. Todavia, pode haver mais de uma interpretação jurídica para essa condição.

“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” (BRASIL, 1941).

A lei não define o que é fundada suspeita. Nesse sentido, podemos considerar que a fundada suspeita é um conceito jurídico indeterminado que tem relação com a discricionariedade administrativa.

Tais conceitos são colocados na norma pelo legislador, com a finalidade de permitir que o agente público, diante do caso concreto, possa realizar valoração dos fatos e verificar se preenchem a hipótese de incidência da norma. De acordo com Costa (2017, pp. 996-997), conceitos indeterminados são aqueles cuja “realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente”, sendo que essa característica não deve ser considerada como imperfeição ou vício de linguagem cotidiana, e sim como propriedade que “permite cumprir a função de expressar e valorar condutas, relações e objetos materiais”.

Tradicionalmente, no âmbito da literatura jurídica, são os conceitos como ordem pública, segurança pública, relevância pública, interesse público etc. Nesses casos, o espaço de valoração do agente público não significa arbítrio do administrador, mas sim análise de situação concreta, feita com autorização legal e de acordo com a situação fática verificada pelo agente no momento da atuação.

Ainda de acordo com a literatura jurídica a respeito desses conceitos, eles se dividem em dois tipos: os conceitos de experiência ou empíricos e os conceitos de valor (DI PIETRO, 2021, p. 225; COSTA, 2017, p. 1008-1011). No primeiro grupo, estão conceitos como *caso fortuito e força maior*, *premeditação e bons antecedentes*, que devem ser preenchidos por meio de processo interpretativo, que leva à objetividade de sua apreciação, afastando, portanto, a discricionariedade administrativa. O segundo grupo inclui conceitos como *notório saber jurídico*, *interesse público* e *utilidade pública*, cujo preenchimento no caso concreto depende de valoração subjetiva do agente, o que lhe confere a discricionariedade.

A análise realizada pelo agente a respeito de termo indeterminado compreende três zonas de certeza (MELLO, 2007, p. 29): (i) a zona de certeza positiva, na qual há certeza a respeito da aplicação

do termo; (ii) a zona de certeza negativa, em que a inexistência de sua aplicação é também indubitável; e (iii) a zona cinzenta, aquela na qual há dúvidas a respeito do cabimento ou não do conceito, sendo que nesta residem os debates a respeito do acerto ou não da ação da administração pública. De acordo com o autor: “Isto significa que em inúmeros casos será indubitável que uma situação é, exempli gratia, urgente, ou que seguramente não o é; que há um interesse público relevante ou que certamente não há”.

Esse espaço de apreciação do burocrata, no entanto, não é totalmente livre, pois, além de delimitado pelas zonas de certeza positiva e negativa, a interpretação dada ao termo indeterminado não pode ser personalíssima e dissonante daquela conferida pelo contexto social e político no qual inserida a coletividade (MELLO, 2007, p. 30). É nessa linha que o referido autor fala na existência de um entendimento razoável do agente público, dentro do qual o controle judicial resta limitado, considerando a competência conferida pela lei para a valoração da administração no caso concreto. Não há, assim, uma única solução correta, mas sim a busca pela solução razoável, dentro de padrões socialmente aceitos.

Diante da possibilidade de mais de uma solução possível para o mesmo caso concreto, tem sido apontado pela literatura jurídica que os conceitos indeterminados atraem o exercício da discricionariedade administrativa. Nessa linha, cabe ao agente público, valorar como deve ser preenchido o conceito indeterminado, dentro dos limites legais postos.

Isso não significa o afastamento do controle judicial, pois todos os atos administrativos estão sujeitos à sindicabilidade pelo Poder Judiciário. No entanto, nos casos em que a interpretação conferida pelo agente público se mostrar razoável, diante das circunstâncias sociais e políticas, não haverá espaço para a anulação da ação pública, pois nos conceitos de valor “o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, sob pena de, se assim não for, substituir-se a discricionariedade administrativa pela judicial” (COSTA, 2017, p. 1013).

Da análise do art. 244 do CPP, a fundada suspeita pode ser considerada um conceito de valor, abrindo espaço para o exercício da atividade discricionária por parte do agente policial, para verificar, no caso concreto, se a atitude de determinado cidadão se enquadra nela ou não.

Vale notar que atuação discricionária na análise da fundada suspeita não significa a legitimidade de atos arbitrários, pois ela é juridicamente circunscrita e só se estende até os limites necessários para a tutela da ordem pública. A abordagem que se segue à identificação de pessoa em

atitude suspeita deve seguir os trâmites e passos previstos em manuais de condutas das polícias, com vistas a evitar ações abusivas dos agentes.

De outro lado, a margem de liberdade de ação dos policiais para a identificação da fundada suspeita decorre das características da atividade de polícia, que precisa se moldar às situações sociais nas quais está inserida, o que torna a colocação de balizas rígidas à margem de apreciação contrária à própria técnica necessária para a manutenção da ordem pública e sua interação constante com as formas e ações da sociedade.

A parametrização e a exclusão de elementos de experiência pessoal de cada agente são contrárias à ideia de discricionariedade administrativa, uma vez que a prática dos agentes públicos nas franjas de liberdade que a lei lhes confere molda a interpretação que eles fazem da norma e acabam por criar as normas aplicadas pela administração (SUNDFELD; PAGANI; JURKSAITIS, 2012). Prática e experiência são elementos centrais da aplicação de normas pelos agentes e, nos casos de normas que conferem discricionariedade e desde que esta tenha sido exercida nos limites da lei, não representam abuso, mas apenas a concretização da função administrativa.

Nessa linha, os policiais militares, na condição de agentes públicos na linha de frente (PALMA, 2017) funcionam como legítimos intérpretes e aplicadores do conceito indeterminado de fundada suspeita, sendo, portanto, a ponta criadora do direito administrativo de polícia nos eventos com os quais se deparam na atividade de policiamento, em concretização à política de segurança pública.

2 Nível Organizacional – Burocracia

A dificuldade de encontrar equilíbrio razoável entre as regras da lei e a discricionariedade é um problema antigo para o qual não há solução objetiva. Regras claras podem induzir as agências a produzir resultados observáveis; do contrário, criam obstáculos para que as organizações aprimorem processos difíceis de observar (WILSON, 2000). Como mencionado na seção anterior, a lei não define fundada suspeita. Por consequência, os parâmetros organizacionais também não.

Os protocolos organizacionais, em conjunto com as normas legais, constituem as regras do jogo, que são restrições criadas em uma sociedade para orientar as interações humanas (PIERSON, 2006). De modo geral, são os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e officiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política (HALL; TAYLOR, 2003). No entanto,

ao contrário do artigo 244 do CPP, os parâmetros organizacionais não têm formato rígido, podem variar de uma polícia para outra e tendem a ser atualizados frequentemente.

A constante revisão dos procedimentos operacionais tem a finalidade principal de evitar práticas abusivas e diminuir a exposição do policial ao risco. É importante ressaltar que a revista pessoal e vistoria veicular, autorizados pela fundada suspeita, têm o propósito principal de encontrar armas, drogas e outros objetos produtos de crime. A situação mais crítica na abordagem policial é se deparar com reação armada. Diante da impossibilidade de prever essa reação, o policial sempre deve pautar sua ação em condutas que aumentem sua segurança, caso esse fato venha a ocorrer.

Sendo assim, a abordagem policial é considerada uma situação de risco para o policial. E esse é outro ponto de dissenso entre o Judiciário e o Executivo. A perspectiva do Ministro Schietti acerca da abordagem não reconhece o risco como um balizador da conduta policial.

*“A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais – em verdadeiros ‘tribunais de rua’ – cotidianamente **constrangem os famigerados ‘elementos suspeitos’ com base em preconceitos estruturais**, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela” (BRASIL, 2022, item 9, grifo nosso).*

O magistrado está certo em afirmar que a abordagem policial é uma situação constrangedora para a pessoa abordada, especialmente se a suspeita de relação com o crime não tiver fundamento. A suspensão momentânea do direito de ir e vir pode causar desconfortos e até mesmo prejuízos à pessoa. A sensação causada pela desconfiança da polícia, sobre a própria honestidade, é muito mais do que desagradável. Portanto, não importa o quão profissional e respeitoso o agente tenha sido, é muito provável que a imagem residual da polícia não seja positiva. Se as pessoas pudessem escolher, muito provavelmente prefeririam não ser abordadas.

Ações policiais coercitivas não costumam gerar simpatia. É muito mais provável que promovam comoção social. Isso decorre grandemente da falta de compreensão do papel da polícia associada à referência de comportamentos policiais desviantes, que ainda fazem parte do cenário da atividade policial.

A declaração de que policiais “constrangem os ‘famigerados’ elementos suspeitos com base em preconceitos estruturais” não pode ser tomada como regra geral. É muito razoável a preocupação de estabelecer controle para evitar a prática de comportamentos desviantes pelo agente responsável pela aplicação da lei; contudo, isso deve ser considerado em um contexto mais amplo em que se insere o real papel do policial no contexto social.

3 Nível Individual Racional – Discricionariedade do Burocrata do Nível de Rua

Burocratas do nível de rua, como policiais da linha de frente, diferem dos funcionários de mais baixo nível da maioria das organizações, porque têm considerável discricionariedade para determinar a natureza e a qualidade dos benefícios e sanções providos por suas organizações (LIPSKY, 1980, p. 13). Na perspectiva de Lipsky, policiais decidem quais tipos de comportamentos irão fiscalizar, da mesma forma que juízes decidem quem deve receber suspensão de pena e quem deve receber pena máxima.

As ações dos burocratas do nível de rua estão restritas pelas regras do jogo; porém, esses profissionais não são seguidores escravizados de regras e procedimentos, ao contrário, espera-se que façam seu próprio julgamento sobre como seus serviços podem ser mais bem prestados (KLEINIG, 1996). Em função disso, existe uma autorização delegada para exercer a discricionariedade (SKOLNICK, 2011). Mesmo quando essa autorização é clara, a discricionariedade pode representar um problema de poder coercitivo (MUIR, 1977).

Grande parte dos problemas do trabalho da polícia gira em torno da discricionariedade. Esses problemas poderiam desaparecer se ela fosse eliminada. Aliás, esse passou a ser um clamor desde que a discricionariedade foi descoberta em 1956 (WALKER, 1993, p. 16). No entanto, em função das características da atividade policial, isso é praticamente impossível (SKOLNICK, 2011; LIPSKY, 1980).

Gerenciar a discricionariedade é outro ponto crítico. Wilson (1978, p. 66) argumenta que o administrador policial não tem condições de formular, de antemão, uma política que “guie” a discricionariedade do policial de rua porque, de fato, a estaria eliminando. Para algumas situações, a organização policial está em melhor posição para decidir; porém, outras deveriam ser deixadas para o julgamento do policial da ponta da linha. Encontrar algum equilíbrio entre essas duas situações é uma das tarefas mais problemáticas para os administradores policiais que atuam como policy makers (KLEING, 1996).

A atividade policial envolve tarefas tão complexas que a elaboração de regras, diretrizes ou parâmetros não são capazes de circunscrever todas as alternativas. As situações com que os policiais lidam no cotidiano do policiamento não podem ser reduzidas a formatos programados porque são, frequentemente, muito complicadas e só podem ser diagnosticadas por observação sensível da dimensão humana (LIPSKY, 1980, p. 15).

4 Nível Individual Não Consciente – Resposta Fisiológica ao Risco

O último nível de informação que influencia a fundada suspeita é produzida de maneira não consciente e ocorre no processo de identificação do risco ou ameaça. Essa abordagem teórica ainda é pouco empregada para explicar a fundada suspeita porque deriva de estudos sobre o funcionamento do cérebro. Pela perspectiva das Neurociências, a ameaça é detectada por uma área límbica do cérebro – a amígdala. Quando identifica o perigo, a amígdala orchestra a expressão de respostas comportamentais e fisiológicas, em um processo amplamente inconsciente (LEDOUX; DAMASIO, 2014).

Sendo assim, a percepção do risco não se dá por processo lógico e racional, ao contrário, é uma resposta automática do próprio organismo; porém, muito diferente do que o STJ classificou como “intuição baseada em tirocínio policial” (BRASIL, 2022, item 6). Essa resposta do sistema nervoso autônomo é o gatilho para despertar a observação sensível da dimensão humana (LIPSKY, 1980), mencionada na sessão anterior.

LeDoux e Damasio (2014) argumentam que, em face da ameaça, a amígdala coloca o corpo em estado de alerta e que alguns fatores podem influenciar essa atividade. Um dos fatores mais relevantes são as experiências passadas que ficam gravadas na memória. Essas memórias podem ser resultantes de experiências próprias ou observadas. No entanto, alguns estímulos são capazes de provocar a amígdala, mesmo na ausência de experiência anterior.

Estudo de Pinc (2014) identificou estímulos significativos que despertam a suspeita do policial. Em uma lista com 26 atitudes sugeridas, os policiais respondentes indicaram sete com alta chance de abordagem. As duas mais reportadas são “pessoa com volume na cintura” e “pessoa ou veículo que desvia o caminho para não passar pela viatura”.

Pela perspectiva de LeDoux e Damásio (2014), essas referências estão gravadas na memória do policial em razão de experiência própria ou observada, pois é altamente provável que todos eles já tenham sido expostos a esse tipo de situação e puderam constatar a relação dessa conduta com alguma prática criminosa. Quando essa memória é acionada pelo cérebro, a suspeita tende a se instalar.

Nessa mesma lista (PINC, 2014), a atitude com menos chance de ser identificada como suspeita foi “mulher empurrando carrinho de bebê”. No entanto, a pesquisa coletou informações de que uma dupla de policiais abordou uma mulher nessa mesma condição. Os policiais não receberam denúncia, a suspeita foi fundada na forma como a mulher se comportou quando percebeu a presença

policial. Durante a revista, os policiais constataram que no carrinho não havia bebê, mas sim produtos que foram furtados de um supermercado nas imediações.

Essa última é uma evidência do que foi proposto por LeDoux e Damasio (2014), de que o estado de alerta pode ser acionado sem que haja experiência anterior. Os autores acrescentam argumentando que existem estímulos significativos que se apresentam de forma subliminar, como é o caso de expressões faciais de medo. Foi esse tipo de estímulo que provocou os policiais a desconfiarem de uma mulher empurrando carrinho de bebê.

Esse estímulo subliminar é muito sutil e tende a ocorrer no momento do encontro com a polícia ou em reação à sua presença. Isso seria o equivalente ao que o STJ classificou de “alegação vaga de fundada suspeita” e que ensejou na nulidade dos atos praticados pelos policiais baianos. Todavia, quer seja um estímulo subliminar ou ostensivo, o processo de identificação é amplamente inconsciente, como ensinam LeDoux e Damasio (2014). Os sinais que alertam o policial sobre a situação desafiadora manifestam-se em seu próprio corpo, como respostas fisiológicas ao risco e inviabilizam a parametrização.

Walter Cannon associou esse estado de alerta ao mecanismo de sobrevivência, presente nos animais e humanos, que promove a resposta luta-ou-fuga e leva o indivíduo a enfrentar (lutar) a ameaça ou se afastar (fugir) dela (HORN; SWANSON, 2014). O papel social do policial sobrecarrega a resposta de luta e torna a resposta de fuga algo incoerente com suas responsabilidades. Colocado de outra forma, a resposta natural seria se afastar do perigo, caso haja possibilidade. No entanto, policiais descartam essa possibilidade para enfrentar o risco. O comportamento policial mais próximo da fuga é o emprego de condutas seguras.

Os sinais de alerta podem ser mensurados apenas por marcadores fisiológicos. Ao identificar o risco ou ameaça, a amígdala desencadeia alterações no organismo, promovendo mudanças nos batimentos cardíacos e pressão arterial, aumentando a sudorese, provocando dilatação na pupila e descarga de cortisol – hormônio do estresse – no sangue. Essas alterações tendem a passar despercebidas pela pessoa, porém têm a função de alertar a presença do risco.

Pesquisa realizada com o Departamento de Polícia de Seattle, Estados Unidos (HICKMAN et al., 2011), monitorou os batimentos cardíacos de um policial durante o turno de serviço no policiamento, com o propósito de testar uma metodologia e criar medidas de estresse em face às ameaças ou situações desafiadoras. Durante o período de monitoramento, o policial perseguiu um veículo que fugiu após provocar um acidente de trânsito com vários outros veículos.

O estímulo significativo se apresentou de forma bastante ostensiva, portanto, não se tratava de uma “alegação vaga de fundada suspeita”. No entanto, não havia informação acerca da motivação do comportamento daquele motorista. A presunção era de que estava dirigindo sob influência de drogas. Nessas circunstâncias, os protocolos organizacionais orientam os policiais a adotar condutas para preservar a própria segurança e de terceiros, em razão da probabilidade de reação armada e da presença de reféns no interior do veículo ou de outras pessoas nas imediações.

Nesse caso, o veículo em fuga só parou após bater em um obstáculo, mesmo assim o motorista continuou desobedecendo a ordem policial de desembarcar do veículo. O policial, que trabalhava sozinho, decidiu se aproximar apontando a arma. O motorista não reagiu porque estava desmaiado. Posteriormente, o policial constatou que o infrator estava embriagado, que não portava armas e não havia reféns no veículo.

O policial americano fez a escolha correta por não atirar. No entanto, essa tomada de decisão aconteceu enquanto a frequência cardíaca atingia o pico de 165 batimentos por minutos (bpm). Essa é uma alteração fisiológica muito importante, considerando que a frequência cardíaca média, durante as atividades de policiamento, gira em torno de 90 bpm (ANDERSON, LITZENBERGER E PLECAS, 2002).

Todos esses dados são resultados de pesquisas empíricas e ajudam a demonstrar a complexidade dos fatores que envolvem a discricionariedade policial. A identificação do risco ou ameaça e a resposta a esse estímulo significativo demonstram que esse processo se desenrola em uma grande zona cinzenta e que, nas palavras de Lipsky (1980, p. 15), não podem ser reduzidos a formatos programados.

Conclusões

Esse artigo analisou um caso de ativismo judicial que pretendeu promover alterações na política de policiamento, propondo a parametrização da fundada suspeita. Esse trabalho discutiu a complexidade da fundada suspeita, argumentando que o fenômeno se apoia em múltiplas fontes de informações e conhecimentos. Para aperfeiçoar o policiamento, as alterações na política devem levar em consideração informações provenientes de todas as fontes e não apenas de uma delas. O magistrado pretendeu judicializar a política pública analisando a fundada suspeita apenas pelo aspecto legal. Sendo assim, o efeito da decisão judicial tende a promover resultados negativos à política.

A interpretação parcial do fenômeno pelo Ministro do STJ, apenas pelas regras da lei, ainda pode encontrar oposição quando consideramos a fundada suspeita como conceito jurídico indeterminado, condição que inviabiliza a parametrização. Todavia, o ponto mais crítico da análise do magistrado foi deixar de considerar a relação da fundada suspeita com o risco, que é o foco central dos protocolos organizacionais e o estímulo que desencadeia a resposta fisiológica orquestrada pelo cérebro.

Existe sempre a possibilidade de a discricionariedade ser usada de maneira errada por policiais da ponta da linha. Todavia, ela é uma condição indispensável para os burocratas do nível de rua desempenharem seu papel. É desejável que haja mecanismos de controle eficientes, no entanto, a proposta de parametrizar a fundada suspeita pode ser compreendida como uma tentativa de reduzir a discricionariedade policial a um formato programado que, na perspectiva de Lipsky (1980), é algo não factível.

A judicialização da política nos termos propostos pelo magistrado tem potencial de promover insegurança jurídica e administrativa, especialmente, por não ter levado em conta o tipo de crime praticado. O recurso de habeas corpus versava sobre crime especificado na lei de entorpecentes. Esse tipo de crime tem uma característica muito peculiar, que é considerar como vítima a saúde pública. Podemos dizer que é um crime com vítima difusa ou um crime sem vítima.

Nesse caso, o único reclamante da ação policial é a pessoa que comete o crime. Não há uma vítima personificada para reclamar do crime ou da decisão judicial. Sendo assim, o efeito da decisão judicial aplicada aos crimes de drogas incide apenas nos processos resultantes dos atos do agente administrativo ou do burocrata do nível de rua, que se tornam sem efeito. O magistrado ainda sugere que o policial pode ser punido em razão do uso indevido do poder discricionário, enquanto a ação penal instaurada contra o suspeito seria trancada.

Esse tipo de decisão gera a possibilidade de aplicação para outros tipos de crimes em que as vítimas também são difusas. O que mais se destaca nesse rol são os crimes de colarinho branco. Nesse sentido, caso a discricionariedade do burocrata do nível de rua seja considerada indevida pelo Judiciário, executivos ou políticos autuados em flagrante por transportarem dinheiro de forma dissimulada, o que inclui meios já tradicionais no Brasil, como escondidos nas roupas íntimas ou em malas, terão suas ações penais trancadas e não responderão pelos crimes praticados.

O fato de o Ministro do STJ não ter levado em consideração o produto do ilícito, abre a possibilidade de que essa decisão possa recair sobre, por exemplo, a posse de arma ilegal que tenha sido usada na prática de crime violento, ou até mesmo ao encontro de cadáver.

Entendemos que a abordagem policial é uma prática banalizada e que a transparência é um ponto crítico em razão da ausência de dados. Os problemas apontados como racismo estrutural carecem de estudos metodológicos mais robustos. Em que pese o argumento da discriminação racial ter ampla aceitação por parte do meio acadêmico, não há evidências empíricas que comprovem a hipótese da influência da raça/cor na tomada de decisão pela abordagem. Estudos empíricos que buscaram criar medidas de fundada suspeita demonstram que o fator mais relevante para a tomada de decisão pela abordagem é o comportamento ou a reação da pessoa no momento que percebe a presença da polícia, e não atributos individuais como raça/cor e situação socioeconômica (KONZEN; GOLDANI, 2021; PINC, 2014).

Reconhecemos a necessidade de promover alterações para aperfeiçoar a política de policiamento. Entretanto, os problemas nessa área são tão complexos que não podem ser solucionados por meio da parametrização da fundada suspeita proposta pelo magistrado.

Referências

ANDERSON, Gregory S.; LITZENBERGER, Robin; PLECAS, Darryl. Physical evidence of police officer stress. **Policing: An international journal of police strategies and management**, Vol. 25, N. 2, 2002, pp. 399-420.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 158580 BA 2021/0403609-0; T6-Sexta Turma; Ministro Rogerio Schietti Cruz; DJe 25/04/2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941.

BULLIGER, Martin. A discricionariedade da Administração Pública. In **Revista de Ciência Política**, v. 30, n. 02, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abr./jun. 1987, p. 3-23.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: revisitando o tema. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 993-1014.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: **Lua Nova**, nº 58, 2003, p. 193-224.

HICKMAN, Matthew J., et al. Mapping Police Stress. **Police Quartely**. 2011.

HORN, John P.; SWANSON, Larry W. O Sistema nervoso autônomo e o hipotálamo. In.: Kandel, Eric R. et al. **Princípios de Neurociências**. Tradução Ana L. S. Rodrigues et al. 5. Ed. Cap. 47. Porto Alegre: AMGH, 2014.

KLEINIG, John. **The ethics of policing**. Cambridge: University Press, 1996.

KONZEN, Lucas P.; GOLDANI, Julia M. “Lugares de tráfico”: a geografia jurídica das abordagens policiais em Porto Alegre. In: **Revista Direito GV**, v. 17, n. 3, 2021, pp. 1-39.

LEDOUX, Joseph E.; DAMASIO, Antonio R. Emoções e Sentimentos. In.: Kandel, Eric R. et al. **Princípios de Neurociências**. Tradução Ana L. S. Rodrigues et al. 5. Ed. Cap. 48. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LIPSKY, Michael. **Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services**. New York: Russel Sage Foundation, 1980.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariiedade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MUIR, William K. **Police: Streetcorner politicians**. The University of Chicago Press, 1977.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Agentes públicos na linha de frente: a ponta criadora do direito administrativo. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 681-700.

PIERSON, P. **Politics in time**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

PINC, T. Porque o Policial Aborda?: Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. **Confluências**. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Vol. 16, No 3, 2014, pp. 34-59.

SKOLNICK, Jerome H. **Justice Without Trial: Law enforcement in democratic society**. Fourth Edition. New Orleans: Quid Pro Books, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Interpretações administrativas aderem à lei? In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 260, p. 97-132, maio/ago. 2012.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, pp. 27-37.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the Future of Politics and Policy. In: In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, pp. 515-528.

WALKER, Samuel. **Taming the System:** The control of discretion in criminal justice 1950 – 1990. New York: Oxford University Press, 1993.

WILSON, James Q. **Bureaucracy:** What government agencies do and why they do it. New York: Basic Books, 2019.

WILSON, James Q. **Varieties of Police Behavior:** The management of law & order in eight communities. Harvard University Press, 1978.