

Opinião: Perfilamento racial e precedente sem caso concreto

13/03/2023

Francisco Cicero dos Santos Junior é o paciente do HC 208.240/SP impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo que objetiva, antes de tudo, reconhecer a nulidade da apreensão de 1,53 grama de entorpecentes em virtude do perfilamento racial, enquanto manifestação explícita de racismo institucional feito na busca pessoal. *O paciente foi condenado a uma pena de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão em regime fechado pelo juízo de 1ª instância pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.*

Reprodução



Reprodução

Antes de tudo, cabe uma observação acerca de um detalhe que ninguém se atentou: por menos de 2 gramas o infeliz pegou uma pena *maior do que a do homicídio simples*. Já de pronto indagamos: 1) foi apenas a abordagem "por perfilamento" que foi motivada por racismo ou... 2) *será que a própria denúncia (afinal, houve denúncia do MP — dura, visando a uma pena altíssima!) e 3) as decisões condenatórias (primeira e segunda instância) não seriam produtos de um olhar preconceituoso do nosso sistema de justiça?* Ou que, para sermos menos incisivos, 4) a denúncia e as decisões refletem *a dura crise da dogmática e do ensino jurídico?* 5) Como esse caso avançou? 6) Quem o defendeu? 7) Quais os argumentos do MP para buscar essa drástica condenação? 8) E de quem condenou? 9) Como isso se deu no Tribunal de Justiça? Perguntamos de forma muito simples: existe alguma explicação para essa pena de mais de sete anos para um crime insignificante em um país chamado Brasil que financia caras dissertações e teses sobre razoabilidade e proporcionalidade — algumas feitas no exterior?

Seguimos. O reconhecimento da nulidade de prova por *filtragem racial conduz inevitavelmente na ausência da materialidade delitiva* e, portanto, a absolvição do paciente, já que a única prova do delito é ilícita por derivação. O pedido principal da Defensoria Pública é, assim, pela absolvição do paciente e, secundariamente, pela desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas [1].

O relator ministro Edson Fachin, em seu voto, em princípio revolvendo o caso, sobretudo a própria declaração do policial no auto de prisão em flagrante que foi o responsável pela abordagem e na qual pontuou ter avistado um *"indivíduo de cor negra em cena típica de tráfico de drogas"*, assentou que não enxergava a justa causa concreta para a busca pessoal, uma vez que a abordagem com perfilamento racial ocorre quando um ato é influenciado pela cor da pele, mesmo se a cor da pele não tenha sido o único elemento: *"o negro em local suspeito, o negro com carro, o negro com roupa de marca"*.

Entretanto, Fachin não conheceu do Habeas Corpus, mas concedeu a ordem de ofício para declarar a nulidade da revista pessoal e trancar a ação penal. Ao final de seu voto — e aqui começa o maior problema — *propôs a formulação de tese para coibir a abordagem com perfilamento racial e seu controle pelo Poder Judiciário* [2].

Vejamos o tamanho do imbróglio.

Após seu voto, o ministro André Mendonça inaugurou uma perigosa divergência, acompanhado, até o momento, pelos ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Nunes Marques. Os votos aderiam à tese proposta de coibir o perfilamento racial, *mas sem reconhecer, no caso concreto, que a abordagem foi realizada com a filtragem racial* e, por consequência, a nulidade da busca pessoal motivada por racismo institucional. Aqui está: se HC é "o caso concreto", como ele pode servir para abarcar todos os futuros "casos ainda não ocorridos"?

Tentando explicar melhor: a formulação de uma "tese" para ser aplicada em casos futuros em um Habeas Corpus individual, que é garantia constitucional que visa a proteger exatamente a liberdade concreta de um indivíduo que sofre coação ou violência ilegal, *pode levar ao paradoxal resultado de que uma "tese" seja aprovada sem que seja aplicada ao caso em julgamento*. Um "precedente" que decorre de um caso que não se encaixa com o "precedente". É disso que se trata. Parece estranho, não?

Isto é, poderá ocorrer a absurda consequência de que a interpretação levantada a partir e para o caso *não seja aplicado a ele mesmo*. Isso, em si, denuncia a própria fragilidade daquilo que se chama de "cultura de precedentes". Em última análise, caso isso aconteça, *o STF não terá julgado o caso, ou seja, não levará o caso concreto a sério, mas sim terá utilizado o caso como pretexto para a formulação de uma "tese"*, subvertendo de modo severo o próprio sentido da garantia constitucional do Habeas Corpus. Os direitos fundamentais do paciente se transformarão apenas em um mero pretexto para que o STF *edite* um texto normativo com pretensão de aplicação em casos futuros. É sempre de novo a velha questão, que fez com que Castanheira Neves travasse uma longa luta em Portugal contra os assentos: *Suprema Corte faz ato normativo?*

Além da ausência de previsão constitucional, legal e procedimental específica para a formulação de "teses" em Habeas Corpus, ao contrário, por exemplo, da repercussão geral nos recursos extraordinários, *essa definitivamente não é, nem pode ser a função do Poder Judiciário*.

A função do Poder Judiciário, nunca é demais lembrar, é levar os elementos e as circunstâncias do caso concreto a sério para, enfim, realizar o julgamento. A edição de enunciados com a

pretensão de que se tornem, *ex ante*, precedentes e abarquem casos futuros desconsidera o fato de que, em primeiro lugar, *os precedentes são relevantes julgamentos realizados no passado que se tornam autoridade argumentativa — de forma contingencial — na discussão presente de um caso concreto*. Em segundo lugar, desconsidera também que as "teses", como textos normativos que são, *não prescindem jamais do processo de interpretação/concretização que só se dará analisando os casos concretos e levando-os a sério*.

A ausência de uma metódica interpretativa-constitucional adequada por parte do STF conduz a uma usurpação de função como bem demonstra, até o momento, a forma como se encaminha o caso de um *habeas corpus* individual na qual *a liberdade do paciente é vista como uma questão secundária* para que a Corte formule uma "lei geral" para combater o perfilamento racial e o racismo institucional. Essa pretensão "legislativa" que tem motivada a atuação da Corte está fazendo-a esquecer de seu mais importante papel no Estado democrático de Direito: o julgamento dos casos concretos e a tutela dos direitos fundamentais.

A um só tempo, caso se confirme a tendência que os primeiros votos mostraram, o STF desvirtuará a garantia constitucional do *Habeas Corpus*, além de sepultar de vez o artigo 52, inciso X da CF/88. Se todos os casos forem álibis para que o STF legisle, com efeitos *ex nunc*, o que restará dos direitos fundamentais em concreto? *Haverá o momento em que todo o direito será transformado em teses. E súmulas. O suprássumo do realismo jurídico na pretensão idealista de que se pode prejulgar o futuro sem julgar o presente*, com a pretensão de criar uma espécie de juízes "boca de precedente", boca de teses. O que diria Montesquieu? O direito será (e já é) aquilo que e somente aquilo que o Judiciário diz que é.

Nossa preocupação, é bom lembrar, é com a garantia dos direitos fundamentais, dos direitos subjetivos e, enfim, com a vida concreta das pessoas que sofrem. As pessoas que são de carne e osso. Pessoas que, como o caso do paciente Francisco, sofrem diuturnamente violações a seus direitos fundamentais, mas cujas violações não são reconhecidas pelo Poder Judiciário.

Nossa preocupação é resgatar, em última análise, a centralidade dessas pessoas *por e para* quem a nossa ordem jurídico-constitucional é construída. Em uma ordem democrática, sem conseguir garantir que Franciscos não sejam vítimas de racismo institucional, *de que adianta instituições, processo e o próprio direito?* Fosse para realizar um julgamento *tout cour* do caso, o Habeas Corpus em favor de Francisco deve ser concedido. E não de ofício.

A questão jurídica é simples: *o STF deve conceder o HC e aplicar o julgado* (o princípio ou a *ratio* que dele se extrai) *toda vez que um caso desse tipo se repetir*, assim como se faz nos Estados Unidos, Alemanha, Argentina, Costa Rica e todos os lugares, sem pretender se eximir de analisar cada caso na sua concretude para adequadamente garantir a liberdade violada naquele caso.

Por isso o *Habeas Corpus*, aqui como em qualquer lugar, se chama *remédio heroico*. Ah, dirão, mas cabe reclamação quando existe "tese"... Ora, indagamos, o Habeas Corpus não deveria ser um instrumento mais poderoso que uma reclamação? E ainda com a vantagem de que qualquer juiz ou tribunal possa conceder, enquanto que a reclamação apenas o STF concede.

Mas tem ainda mais uma coisa. Esse caso só revela o fracasso institucional ou nos mostra que o nosso direito é tão frágil epistemologicamente que precisamos que o STF faça uma "lei" *para ensinar os juízes e tribunais que não se pode admitir perfilamento racial*. É como comemorar a concessão de Habeas Corpus para alguém que foi preso por carregar consigo 1 grama de maconha ou furtar dois chocolates. Viva o STF? Mas o que dizer dos fracassos que levaram a esse "sucesso"? Alguém se perguntou de que modo ocorreu a denúncia por parte do MP? *Que Ministério Público busca a condenação a uma pena maior do que a do homicídio num caso de menos de 2 gramas de substância entorpecente?*

E qual é o papel do Judiciário, *ao condenar em duas instâncias um indivíduo negro, preso por essa condição segundo o policial, a uma pena maior do que a de homicídio?*

Que sistema de justiça é essa que leva um caso desses à Suprema Corte?

E, finalmente: que sistema de justiça é esse que necessita que a Suprema Corte faça uma "lei geral" (e não se diga que uma tese do STF não seja isso) *para dizer que a polícia não deve fazer perfilamentos com conotação racial?*

O que houve, afinal? Será que esse caso aqui discutido não é, exatamente, o caso que mostra o tamanho do buraco em que a dogmática jurídica praticada nas faculdades, fóruns e tribunais nos meteram? Não está na hora de repensarmos o nosso direito e o nosso sistema de justiça?

[1] A inicial pode ser consultada em:

<https://peticaoamento.stf.jus.br/api/peca/recuperarpdf/15348445861>, acesso em 10 de março de 2023.

[2] Tanto o voto quanto seu complemento podem ser lidos em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-08/fux-vista-discute-racismo-abordagem-policia>, acesso em 10 de março de 2023.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mar-13/opinioao-perfilamento-racial-precedente-concreto/>