



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

LUCIANO MORAIS FERREIRA

**O PODER DO ESTADO FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Um estudo acerca dos aspectos jurídicos da legalidade da busca
pessoal (abordagem policial)**

MARABÁ
2013

LUCIANO MORAIS FERREIRA

**O PODER DO ESTADO FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Um estudo acerca dos aspectos jurídicos da legalidade da busca
pessoal (abordagem policial)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Pará, Campus Marabá, como exigência parcial do Curso de Direito, sob orientação acadêmica do Prof^o Ms Marcos Alexandre do Rosário.

MARABÁ
2013

LUCIANO MORAIS FERREIRA

**O PODER DO ESTADO FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Um estudo acerca dos aspectos jurídicos da legalidade da busca
pessoal (abordagem policial)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Pará, Campus Marabá, como exigência parcial do Curso de Direito, sob orientação acadêmica do Profº Ms Marcos Alexandre do Rosário..

BANCA EXAMINADORA:

Profº Ms Marcos Alexandre do Rosário – Orientador

Profº Esp Anderson Costa Martinez - Membro

Profº - Membro

DEDICATÓRIA

Para Luciana Caroline e Luís
Gustavo

As minhas fontes, respectivas, de
inspiração e de meu viver.

AGRADECIMENTOS

- À Universidade Federal do Pará por ter oportunizado a realização do curso de Direito.

- Aos professores, Especialistas, Mestres e Doutores, por terem sido incansáveis na transmissão do conhecimento jurídico e de vida.

- Aos meus pais e namorada pela compreensão e acolhimento.

- Em especial, aos meus diletos filhos Luciana Caroline e Luís Gustavo, embora distantes, são fontes constantes de persistência e renovação pela labuta diária atrás do conhecimento.

- Por fim, ou melhor, por primeiro, ao Grande Onipresente, Onisciente e Onipotente por ser fonte originária do conhecimento humano.

EPIGRAFE

“O poder e a lei não são sinônimos. Na verdade, são opostos e irreconciliáveis”

Cícero

“Os canhões não foram criados, e nem são utilizados para destruir os paraísos”.

(Michel Foucault. In Obra Vigiar e Punir).

RESUMO

A presente monografia tem como escopo reexaminar os aspectos jurídicos que envolvem a (i)legalidade da busca pessoal, prevista no artigo 244 do código de processo penal, e como esses aspectos podem afetar direitos fundamentais instituídos pelo Estado Democrático Brasileiro. Para isso, demonstrou-se o liame tênue existente entre o ato legal e o ilegal que envolve a busca pessoal, tendo como pressuposto para sua realização a fundada suspeita. Durante a pesquisa utilizou-se o método dedutivo e o dialético. O trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo trabalha-se o poder do Estado, sob uma perspectiva da revisão histórica da sua concepção, desde a antiguidade até os dias atuais. O segundo capítulo trata da garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, fazendo uma relação conflituosa entre o interesse do Estado e o interesse individual, e para seu devido equilíbrio utiliza o poder de polícia. O terceiro capítulo discute-se a temática do presente estudo que é a legalidade da busca pessoal, fazendo uma análise do que vem a ser “fundada suspeita”, a partir da concepção policial, e da concepção dos tribunais. Demonstra-se nesse capítulo, ainda, como, a expressão fundada suspeita pode levar insegurança jurídica aos agentes do Estado, responsável pela segurança pública. Por fim, no quarto e último capítulo é proposto a mudança legislativa, enfatizando a necessidade de limitar o campo de atuação do poder discricionário.

Palavras-Chave: busca pessoal; direitos fundamentais; fundada suspeita.

ABSTRACT

This monograph is scoped to review the legal aspects that involve the (i)legality of personal quest , under Article 244 of the Criminal Procedure Code , and how these aspects can affect fundamental rights established by the Brazilian Democratic State. For this, it was demonstrated the tenuous bond existing between legal and illegal act involving personal quest, and as a precondition for its realization is reason to suspect. During the research we used the deductive and the dialectical method. The work is divided into four chapters. The first chapter works up the power of the state, from a perspective of historical review of their design, from antiquity to the present day. The second chapter deals with the guarantee of fundamental rights in a democratic state, causing an adversarial relationship between the state interest and individual interest, and their proper balance uses the police power. The third chapter discusses the theme of this study is that the legality of personal quest , doing an analysis of what does " reasonable suspicion " from the police conception and design of the courts. If - this chapter demonstrates, yet, as the suspicion expression can lead to legal uncertainty state officials responsible for public safety. Finally, the fourth and final chapter is proposed legislative change, emphasizing the need to limit the field for discretion.

Key words: personal quest; fundamental rights; founded suspicion.

SUMÁRIO

1 O PODER DO ESTADO.....	16
1.1 O PODER DE POLÍCIA	21
1.2 O PODER DE POLÍCIA ENQUANTO ATO ADMINISTRATIVO	21
1.3 A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A POLÍCIA ADMINISTRATIVA	23
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.2 O PODER DE POLÍCIA <i>VERSUS</i> DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.3 O CONFLITO DE DIREITOS: O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL.....	30
3 A (I)LEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL (ABORDAGEM POLICIAL)	32
3.1 A BUSCA PESSOAL (ABORDAGEM POLICIAL) E A FUNDADA SUSPEITA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	33
3.2 BUSCA PESSOAL PREVENTIVA E BUSCA PESSOAL PROCESSUAL	38
3.3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA BUSCA PESSOAL PROCESSUAL E PREVENTIVA	41
3.3.1 Corrente Processualista	42
3.3.2 Corrente Publicista.....	43
3.4 O CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA A PARTIR DE CRITÉRIOS DE SUSPEIÇÃO ADOTADA PELA POLÍCIA.....	44
3.5 TENTANDO CONSTRUIR UM CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 81305-4.	47
3.6 A “FUNDADA SUSPEITA” COMO LIAME TÊNUE ENTRE A LEGALIDADE E A ILEGALIDADE.....	54
3.7 OS POSSÍVEIS CRIMES COMETIDOS DURANTE A BUSCA PESSOAL (ABORDAGEM POLICIAL).....	56
3.7.1 Abuso de Autoridade.....	56
3.7.2 Constrangimento Ilegal	57
3.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BUSCA PESSOAL: A ATUAÇÃO EQUILIBRADA DO ESTADO	58

4 PROPOSTA DE MUDANÇA DA LEGISLAÇÃO61
REFERÊNCIAS.....71

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como foco principal abordar os diversos aspectos jurídicos que norteiam a busca pessoal (abordagem policial), realizando um reexame que vai desde o direito administrativo, passando pelo processo penal, até chegarmos ao direito constitucional.

A necessidade de sua feitura prende-se ao fato de os policiais militares, em suas atividades de policiamento ostensivo, estarem propensos a responderem administrativamente, civilmente e penalmente, caso suas ações não estejam respaldadas na lei. Mas, como fugir disso se a lei, ou melhor, o ordenamento jurídico brasileiro, em algumas situações não é bem claro quanto ao momento exato em que a abordagem pode ocorrer?

Os policiais militares não raras vezes se deparam com situações em que há dúvida se sua abordagem é ou não legal, se está revestida ou não de legalidade. Agem mais com o instinto de querer realizar o “certo”, de “resolver o problema”, do que pensar na legalidade de seu ato. Diferentemente do juiz, do promotor de justiça e até mesmo do delegado de polícia, que pensam antes de agir, aqueles não possuem tal oportunidade. Na realidade, eles “agem” antes, e somente “depois”, possuem a oportunidade de pensar.

A Lei infraconstitucional que autoriza a busca pessoal possui previsão nos art. 240 a 244 do Decreto-Lei nº 3.686, de 1941. As prescrições são claras quanto ao momento de realizar a busca pessoal, exceto a prevista no art. 240, § 2º do CPP, e ao art. 244, que deixam perigosa margem discricionária ao agente público responsável em policiamento ostensivo que, se não tiver o preparo técnico-profissional adequado, poderá atingir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Essa margem discricionária do agente público para realização da busca pessoal, quando independe de mandado judicial, está centrada na expressão “fundada suspeita”, que alheado a busca pessoal em si, é necessariamente, o objeto do presente estudo, pois, como veremos mais adiante, não há um estudo específico definindo o vem a ser fundada suspeita. Aos olhos do cidadão comum, fundada suspeita equipara-se a visão das polícias quando tentam identificar um cidadão infrator da lei, que esteja portando armas proibidas ou objetos que constituam corpo de delito.

A ausência de um estudo específico, principalmente na doutrina, voltado a pesquisa e procura de uma definição de fundada suspeita como requisito essencial para realização da busca pessoal por agentes públicos, vem causando uma consequências nefasta, não só ao cidadão, que muitas vezes seus direitos fundamentais vilipendiado, mas ao próprio agente público, no caso o policial, por vezes respondem a processos administrativos e judiciais por não saberem lidar com alguns tipos de ocorrências, e principalmente, por não terem uma legislação que lhe permita ter segurança jurídica.

Por ser, talvez, uma das atividades da polícia ostensiva mais desenvolvida diariamente para encontrar ilícitos penais em poder de suspeitos, este estudo aborda, especificamente, ao que está previsto no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP), reforçado pelo art. 244, que seria, em tese, a única autorização legal para se realizar a abordagem policial.

Nesse sentido, o presente estudo tem importância, na medida em que efetiva um reexame da matéria (busca pessoal), para além dos que tradicionalmente são ensinados pelos doutrinadores e estudiosos no assunto, inserindo-se posicionamento favorável e contrário à busca pessoal, procurando agregar novos pensamentos, de maneira que a atividade de policiamento ostensivo possa ser realizada sem atingir direitos fundamentais, constitucionalmente previstos. Tão importante quanto esses, possa permitir segurança (jurídica) à ação policial, no que diz respeito à abordagem policial, visando reduzir ao máximo o constrangimento, que por si só já produz no cidadão.

As polícias militares dos Estados são responsáveis pela execução do policiamento ostensivo fardado e sua competência está prevista no art. 144, § 5º da Constituição Federal, cabendo à polícia ostensiva a preservação da ordem pública. Essas Instituições devem atuar todas as vezes que a ordem pública é quebrada, de maneira que o Estado Democrático de Direito possa exercer suas funções com segurança, e a sociedade em geral possa viver em estado de paz social. É por meio da busca pessoal que uma das suas principais ações acontece. Ocorre que, a atividade policial e, em especial, a busca pessoal, restringe direitos fundamentais como, por exemplo, o direito a intimidade, o da liberdade, o direito de ir e vir, que é próprio do poder de polícia, e que o Estado impõe aos seus cidadãos, de modo que não abusem desses direitos, tudo isso com o fim de atingir o bem comum.

É com esse fim, de garantir o bem comum e a tranquilidade pública, que as instituições militares estaduais e, em alguns casos, até a polícia civil, desenvolvem inúmeras atividades de polícia ostensiva, tendo como principal meio de aplicação do poder de polícia, a busca pessoal.

A problemática apresentada para este estudo envolve a busca de resposta ao seguinte questionamento:

- Em que medida a atividade policial, direcionada à abordagem policial adotada pelas organizações militares estaduais sob a alegação de preservação da ordem pública, pode ser justificativa (ou ser legal) para restringir direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal?

A hipótese central do trabalho estabelece que a abordagem policial, sob a alegação de preservação da ordem pública, é legal, haja vista que o interesse coletivo sobrepõe ao interesse individual.

Nesse estudo serão analisadas as seguintes hipóteses (H):

H1: A abordagem policial, sob a alegação de preservação da ordem pública, não é legal, na medida em que a legislação não permite a segurança jurídica necessária, para que o desenvolvimento do trabalho não atinja direitos fundamentais.

H2: A abordagem policial, sob a alegação de preservação da ordem pública é legal, haja vista a legislação, que dispõe sobre o assunto, permite que o agente do Estado o faça sem atingir direitos fundamentais.

O objetivo geral deste estudo é pesquisar os aspectos jurídicos que envolvem, especificamente, a busca pessoal (abordagem policial militar) e suas limitações frente aos direitos fundamentais.

Os objetivos específicos são:

a) Investigar em que medida a abordagem policial militar pode ferir direitos fundamentais, tornando-se ato ilegal por parte dos agentes do Estado;

b) Pesquisar na doutrina e na jurisprudência, o pensamento jurídico predominante que norteia a fundamentação da busca pessoal;

c) Demonstrar o liame tênue existente entre o ato legal ou ilegal, que envolve a busca pessoal (abordagem pessoal), e como isso pode afetar a atividade dos agentes do Estado, que são responsáveis em executar o policiamento ostensivo.

d) Demonstrar em que medida a abordagem policial adotada pelas organizações militares estaduais, sob a alegação de preservação da ordem pública,

não tendo como pressuposto a fundada suspeita, pode ser justificativa para restringir direitos fundamentais.

e) Conceituar fundada suspeita a partir da jurisprudência e dos critérios de suspeição adotado pela polícia, e a partir do qual propor mudança na legislação processual penal.

Portanto, em suma, os objetivos estão voltados para analisar os aspectos jurídicos da busca pessoal e suas limitações frente aos direitos fundamentais, e como a legislação processual penal deixa grande margem para insegurança jurídica.

Por outro lado, a metodologia aplicada a este estudo envolve os métodos dedutivos e o dialético, por meio de procedimentos da pesquisa bibliográfica que, segundo Oliveira (2001), é importante por ser um método que implica na seleção, leitura e análise de textos relevantes ao estudo e tem por base fundamentos que determinam os passos e o caminho a ser percorrido na pesquisa, assim como exige reflexão constante e controle de variáveis, checando-se informações em relação ao conhecimento já adquirido. Segundo o autor, na realização da pesquisa bibliográfica é importante que o pesquisador faça um levantamento da temática e do aspecto jurídicos acerca da abordagem policial, assimilando os conceitos e explorando os aspectos já publicados.

Diante disso, procurou-se no primeiro capítulo do presente estudo acadêmico, trabalhar o poder do Estado. Para isso, faz-se uma revisão histórica, desde a Antiguidade, acerca da concepção de Estado, a razão de sua existência, a forma de organização do poder a partir de uma divisão de classe. Já na concepção mais atual o Estado é uma condensação de um equilíbrio de forças de uma relação de classe. Afirma-se que o poder do Estado é político, pois é preocupado em assegurar a sua eficácia, e é jurídico, pois nasce do Direito.

Ainda, no primeiro capítulo, ver-se que o Estado, para atingir seus objetivos previstos na Constituição e na Lei, desenvolve mecanismos próprios, entre esses, tem-se o poder de polícia, o que irá resultar, inevitavelmente, no confronto entre o poder do Estado e os interesses individuais, sem, entretanto, desrespeitar os princípios do Estado Democrático de Direito.

É desenvolvida, ainda, a ideia de poder de polícia, enquanto ato administrativo, capaz de disciplinar e regular os direitos individuais. É feita uma diferença entre a polícia judiciária e a polícia administrativa.

No segundo capítulo trata da garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, fazendo uma relação entre o interesse do Estado, que tem como principal objetivo assegurar o bem comum, e o interesse individual, que vê na estrutura da Democracia o respeito a pessoa humana e os limites do poder.

Discorre-se, ainda, que o Estado é o guardião dos direitos fundamentais, devendo utilizar o poder de polícia para assegurar toda a ordem jurídica, proibição de condutas ilícitas, segurança e proteção do cidadão, inclusive, limitar o seu próprio poder de polícia, que por ventura atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Discute-se a ideia de que o direito a segurança é, antes de tudo, a principal porta de entrada para que todos os demais direitos possam caminhar por si só. Também, discute-se que a efetivação do direito à segurança é garantir que os demais direitos possam serem exercidos.

O terceiro capítulo é o início da temática da legalidade ou da ilegalidade da busca pessoal prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, efetuada pela polícia ostensiva, revendo, para isso, as principais correntes de pensamento doutrinário acerca da questão, e como o seu uso (i)legal pode atingir direitos fundamentais. É feita uma análise de como a expressão “fundada suspeita”, inserida no art. 244 e no § 2º do artigo 240, é conceituada a partir da concepção das polícias, e como esta não se coaduna com a visão dos principais tribunais do país. Tal situação leva insegurança jurídica para que os agentes do Estado, responsáveis pela preservação da ordem pública, possam desempenhar a sua função constitucional.

Por fim, no quarto e último capítulo é proposto a mudança legislativa, em decorrência da insegurança jurídica que a expressão “fundada suspeita” causa na ordem jurídica, e principalmente para os agentes do Estado. É proposta, ainda, uma mudança legislativa na lei 4849/65.

1 O PODER DO ESTADO

Expõe Morrison (2001) que, de acordo com os registros históricos, a primeira concepção relativa ao Estado ocorreu no período da Antiguidade Clássica, que abrange os séculos V e IV a.C., com base nos pensadores gregos que o concebiam como uma forma estruturada de organização do poder, mais especificamente com Platão, cujo pensamento jusfilosófico¹ indica que, para justificar a existência da sociedade e do Estado, Platão encontra essa razão na própria natureza humana, justificando sua assertiva do por que cada homem precisa do auxílio material e moral dos outros. Da variedade de necessidades humanas origina-se a divisão do trabalho e, por consequência, a distinção em classes, em castas, que representam um desenvolvimento social e uma sistematização estável da divisão do trabalho no âmbito de um Estado.

Segundo afirma Russel (2003), para Platão, o Estado justo se caracterizaria pelo fato de cada um conhecer o seu lugar no todo. Um bom Estado deveria ser dirigido pela razão e os filósofos deveriam indicar à sociedade o caminho a seguir, já que acreditava que os governantes deveriam dirigir a cidade-estado com a razão.

Analisando as fases de Platão, Russel (2003, p. 17-29) destaca que para esse pensador da Antiguidade, o Estado ideal deveria ser dividido em classes sociais. Três são, pois, estas classes: a) a dos filósofos; b) a dos guerreiros; c) a dos produtores.

As classes corresponderiam respectivamente às almas racional, irascível e concupiscível no organismo humano. À classe dos filósofos cabe dirigir a república, pois conhecem a realidade das coisas, a ordem ideal do mundo e a ordem da sociedade humana, e estão, portanto, à altura de orientar racionalmente o homem e a sociedade para o fim verdadeiro. Tal atividade política constitui um dever para o filósofo, não, porém, o fim supremo, pois este fim supremo é unicamente a contemplação das ideias.

À classe dos guerreiros cabe a defesa interna e externa do Estado, de conformidade com a ordem estabelecida pelos filósofos, dos quais e juntamente com

¹ O pensamento jusfilosófico procura fundamentar o direito em pressupostos filosóficos, buscando apontar uma crítica à proposta do positivista do direito por não fazer referência ao sentido das normas e, nesse sentido, quando o direito é tratado como ideologia ele se qualifica como jusnaturalista (GHIDOLIN, 2004).

os quais, os guerreiros receberam a educação. Os guerreiros constituem a força a serviço do direito, representado pelos filósofos.

À classe dos produtores, agricultores e artesãos, submetida às duas classes acima, cabe a conservação econômica do Estado, e, conseqüentemente, também das outras duas classes, inteiramente entregues à conservação moral e física do Estado. Na hierarquia das classes, a dos trabalhadores ocupa o último lugar, pelo desprezo com que era considerado por Platão - e pelos gregos em geral - o trabalho material.

Em vista dessa concepção, segundo Russel (2003), Platão hesita em sacrificar totalmente os interesses inferiores aos superiores, a riqueza, a família, o indivíduo ao Estado, pois representam um altíssimo valor moral terreno, político-religioso, como única e total expressão da eticidade transcendente.

Se a natureza do Estado é, essencialmente, a de organismo ético-transcendente, a sua finalidade primordial é pedagógico-espiritual; a educação deve, por isso, estar substancialmente nas mãos do Estado, que deve, então, promover, antes de tudo, o bem espiritual dos cidadãos, educá-los para a virtude, e ocupar-se com o seu bem estar material apenas secundária e instrumentalmente.

Por sua vez, Russel (2003) explica que Aristóteles, discípulo de Platão, expõe que a existência social é um processo natural, já que está na natureza dos homens viver em sociedade, sendo a cidade-estado um resultado orgânico da união de várias cidadezinhas para o caminho de uma autossuficiência, visando satisfazer a necessidade humana de uma vida existencial satisfatória. A cidade-estado existe, portanto, para o bem viver e o homem é, por natureza, inclinado a uma existência cívica, considerando-se um processo evolucionário, cujo desenvolvimento ocorre através da dialética da potencialidade, isto é, para diferentes seres existem diferentes capacidades de atividade e organização. Assim, a alma racional possui a capacidade de deliberar, de buscar a verdade na natureza das coisas e de descobrir os princípios subjacentes ao comportamento humano.

Morrison (2001) cita que Aristóteles considerava o critério do mérito social, para tanto não podendo o Estado se tornar demasiado grande, com o homem livre participando da criação política das leis.

Observa-se que grande parte das teorias desenvolvidas sobre o Estado na Grécia Antiga encontra-se relacionado apenas com uma tentativa de se criar uma

estrutura organizada que possibilitasse alcançar uma vida confortável aos cidadãos. Nesse sentido, as formulações dessa época não dão cabo à ideia diferenciada de Estado, pois os gregos analisavam-no do ponto de vista moral e ético.

Pereira (2002) observa que a análise sobre o Estado não pode se traduzir num fenômeno dado, ahistórico, neutro e pacífico. Ele se revela em um conjunto de relações criado e recriado em um dado processo histórico, tenso e conflituoso. Desse modo, sua constituição é descrita como sendo uma arena de conflitos e interesses. Para a autora (2002, p. 27), o Estado, emergindo na Antiguidade Clássica, já enfatizava o contexto de dominação:

A ideia de dominação, como núcleo do conceito de Estado, vem desde os gregos, na Antiguidade, para quem Estado e lei eram recursos políticos que sempre andavam de mãos dadas. Platão, por exemplo, rechaçava o sistema de dominação representado pelo Estado, no qual só os governantes exerciam o poder absoluto.

Ainda segundo a autora, as ideias de Platão foram posteriormente acatadas por Aristóteles e se encontravam ligadas à concepção de um direito natural irrestrito. Tais leis, mesmo expressando uma primeira reação da sociedade contra o domínio irrestrito do Estado, não apresentavam um perfil de universalidade, mas prerrogativas daqueles que estavam organizados segundo determinada polis.

Nesse sentido, Poulantzas (2000) desenvolve sua análise detalhada sobre o poder do Estado, como resultado e modelador das relações objetivas de classe. Mais precisamente, o Estado é a condensação de um equilíbrio de forças de uma relação de classe – pois não é uma entidade instrumental com existência própria – onde os aparelhos de Estado têm a função de dar materialidade à condensação das relações de classe, representando de alguma forma os interesses da classe dominante. Logo,

O Estado constitui, portanto, a unidade política das classes dominantes: ele instaura essas classes como classes dominantes. Esse papel fundamental de organização não concerne a um único aparelho ou ramo de Estado (os partidos políticos), mas em diferentes graus e gêneros, ao conjunto de seus aparelhos, inclusive seus aparelhos repressivos por excelência (exército, polícia, etc.), que também eles, desempenham essa função (POULANTZAS, 2000, p. 129).

Portanto, o Poder Estatal é o poder derivado do ente denominado Estado. Para Dallari (1998), existem duas classificações do Poder do Estado: 1) um como poder político, incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia e sem qualquer limitação; 2) outro como poder jurídico, nascido do direito e exercido

exclusivamente para a consecução de fins jurídicos. Ainda segundo o autor, o poder do Estado é sempre político e jurídico, ainda que em graus diferentes.

Para Georges Burdeau (2005), o Estado não só tem um poder, mas é o poder, ou seja, o Estado é a institucionalização do Poder.

Outro importante estudioso é Georg Jellinek (1992), que vê o Poder do Estado desdobrado em poder dominante e poder não-dominante. Para esse autor, o poder dominante é um poder originário, e é um poder irresistível, por ser um poder dominante. Dominar significa mandar de um modo incondicionado e poder exercer coação para que se cumpram as ordens dadas. Já o poder não-dominante é o que se encontra em todas as sociedades onde não há Estado. A característica principal do poder não-dominante é que não dispõe de força para obrigar, com seus próprios meios, à execução de suas ordens.

Sabe-se que dentro de determinado território, as formas de manifestação do poder do Estado são multifacetadas, e estão rigidamente estruturadas em um sistema de normas que tem na Constituição sua viga mestra, sua base orientadora de todo o ordenamento jurídico.

Não obstante a moderna teoria do Estado, que afirma que o poder é uno (emana do povo e para ele é dirigido), na literatura clássica, o Estado está basicamente estruturado em três poderes²: o Legislativo, responsável em criar a lei; o Executivo, responsável em colocá-las em práticas; e o Judiciário, que possui o poder de julgar as leis ou aplicá-las aos casos em litígios.

Portanto, o poder emanado do povo, seja ele do poder executivo, do legislativo ou do judiciário, não pode ser vilipendiado pelo Estado ou por aqueles que o representam, ao ponto de este (ou estes) volte esse poder contra aquele que o deliberou. Por isso, a manifestação do poder do Estado não pode ser emanada de uma única instituição, pois o povo correria sério risco. Na realidade, na história da sociedade, todas as vezes que o poder se manifestou de forma única, advinda de uma única instituição, teve-se um embate do povo contra o próprio poder, ou daquele, *in casu*, o Governo, que o executa. Pode-se citar o poder dos reis e dos governos totalitários.

Assim, para evitar os malefícios oriundos da concentração de elevado nível de poder em uma mesma pessoa ou instituição, o poder uno foi dividido em três. Os

² Para os doutrinadores considerados modernos, o Estado não possui três poderes e sim três funções: a função legislativa, a executiva e a judiciária.

clássicos como, por exemplo, Platão, no Diálogo das Leis, aplaudindo Licurgo por contrapor o poder da Assembleia dos Anciãos ao poder do Rei, já afirmava que não se devia estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freios, nem paliativos. Eles já afirmavam que o poder centralizador, caracterizado pelo casuísmo e pelo arbítrio, poderia favorecer certos grupos em detrimentos de outros.

Por sua vez, Aristóteles distinguiu a ideia tripartite de poder público, quais sejam, o poder legislativo, o executivo e o judiciário, que foi, posteriormente, aperfeiçoada por Montesquieu. Essa ideia fez com que não houvesse abuso de poder, ou pelo menos que isso fosse amenizado.

Esses poderes funcionam com uma cláusula de pesos e contrapesos entre si, de maneira que nenhum nem outro possam se sobrepor, ou em última análise, nem o Estado possa fazer uso do poder ao ponto de abusar, nem o indivíduo possa abusar do poder (ou direito) de liberdade que possui. Essa cláusula pode ser afirmada como o princípio da harmonia entre os poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, embora, saiba-se que:

Nenhum princípio político é capaz de tornar impossíveis todos os abusos que pode nascer das constituições humanas, não há nenhuma máquina política que possa remediar a tudo, suprir a tudo, tudo prevenir e tudo impedir. O princípio da separação dos poderes não tem esse alcance, nem essa eficácia, ele na verdade impede certos abusos, mas não todos os abusos, certas opressões, mas não todas as opressões (SOUZA, 1978).

O Estado, para manifestar seus poderes, necessita de instituições organizadas e estruturadas, algumas previstas na Constituição, outras criadas por lei ou por ato administrativo, no âmbito do poder dos três poderes. O Estado exerce seu poder por meio de seus agentes, e, estes, quando legalmente constituídos, estão revestidas de autoridade, que possuem obrigação, ou seja, o poder-dever de utilizar a força. O Estado possui o monopólio do uso legitimado da força física para reforçar sua autoridade (AGUIAR, 1990).

Chama-se a atenção, nessa ocasião, da instituição prevista no art. 144, inciso V, da Constituição Federal, qual sejam, as polícias militares dos Estados Membros às quais cabe à polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Manifestam parcela do poder do Estado, que, por se encontrar dentro de uma estrutura na organização do Estado, possui competência específica, e sua ação está limitada na lei, não podendo exceder essa competência, sob pena de sua ação se tornar ilegal e, por conseguinte, ilegítima.

1.1 O PODER DE POLÍCIA

O Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permita atingir seus objetivos, previstos na Lei e na Constituição e qualificados como verdadeiros poderes ou prerrogativas especiais de Direito Público.

Um desses poderes resulta exatamente do inevitável confronto entre os interesses público e privado e a expressa necessidade de impor restrições ao exercício dos direitos dos indivíduos. Quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia.

De acordo com Mello (2004), a essência do poder de polícia é o seu caráter negativo:

No sentido de que através dele, o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. (...) a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida por meio dos serviços públicos.

De acordo com Rocha (2007), a expressão poder de polícia comporta dois sentidos, um amplo e um restrito. Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Esta é a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do direito legislado, e isso porque apenas as leis podem delinear o perfil dos direitos, aumentando ou reduzindo seu conteúdo. Em sentido estrito, o poder de polícia é a atividade administrativa, consistente no poder de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse coletivo.

Segundo o autor, apesar da existência de medidas repressivas, a atuação do poder de polícia é essencialmente preventiva, pois seu maior objetivo é evitar a lesão ao interesse público.

1.2 O PODER DE POLÍCIA ENQUANTO ATO ADMINISTRATIVO

Em sentido estrito, o poder de polícia é a atividade administrativa, consistente no poder de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse coletivo (MELLO, 2004). Esse é a definição dada pelo Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Segundo Neto (2010), o poder de polícia, quando executado regularmente, apresenta as seguintes características:

- Discricionariedade: a Administração Pública tem a liberdade de estabelecer, de acordo com sua conveniência e oportunidade, quais serão as limitações impostas ao exercício dos direitos individuais e as sanções aplicáveis nesses casos. Também tem a liberdade de fixar as condições para o exercício de determinado direito.

Porém, a partir do momento em que foram fixadas essas condições, limites e sanções, a Administração obriga-se a cumpri-las, sendo seus atos vinculados. Por exemplo: é discricionária a fixação do limite de velocidade nas vias públicas, mas é vinculada a imposição de sanções àqueles que descumprirem os limites fixados.

- Autoexecutoriedade: a Administração Pública pode exercer o poder de polícia sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. A única exceção é a cobrança de multas, quando contestadas pelo particular. Ressalte-se que não é necessária a autorização do Poder Judiciário para a prática do ato, mas é sempre possível seu controle posterior desse ato. A autoexecutoriedade só é possível quando prevista expressamente em lei e em situações de emergências, nas quais é necessária a atuação imediata da Administração Pública. (NETO, 2010)

- Coercibilidade: os atos do poder de polícia podem ser impostos aos particulares, mesmo que, para isso, seja necessário o uso de força para cumpri-los. Esse atributo é limitado pelo princípio da proporcionalidade.

Não se pode confundir o poder de polícia com os órgãos policiais responsáveis pela segurança pública. O primeiro está disperso em vários órgãos da Administração Pública e obedece a normas administrativas que limitam o exercício dos direitos individuais.

Ainda, para Marinela (2010) o poder de polícia, enquanto ato administrativo, apresenta cinco elementos:

- sujeito competente: os atos do poder de polícia não podem ser praticados por qualquer pessoa. O sujeito competente deve ser necessariamente um agente

público. Este agente é qualquer pessoa que exerça de forma temporária ou permanente, com ou sem remuneração, uma função pública, devendo estar ligado à Administração Pública.

- forma: é exteriorização da vontade, é manifestação da vontade, realizada conforme as exigências previstas em lei. É o modo como a administração expressa sua vontade, mas que seja realizada de acordo com a exigência legal.

- motivo: é o pressuposto de fato e de direito que autoriza ou exige a prática do ato. O pressuposto de fato é o conjunto de circunstâncias fáticas que levam à prática do ato. O pressuposto de direito é a norma do ordenamento jurídico, que vem a justificar a prática do ato.

- objeto: é o resultado prático. É o ato em si mesmo considerado.

- finalidade: é o bem jurídico objetivado pelo ato, o que se visa proteger com uma determinada conduta. A finalidade geral do ato é sempre o interesse público, o bem comum. A finalidade específica é aquela prevista em lei, em decorrência do propósito específico do ato.

Chamo aqui a atenção para o poder discricionário, próprio do poder de polícia. O poder discricionário oferece certa margem para o administrador decidir se estiver diante de várias possibilidades apresentadas, de acordo com a conveniência e oportunidade. Essa margem, entretanto, está no estrito limite da lei. Iremos, mais adiante, discutirmos que a busca pessoal só deve ser efetuada pela autoridade policial quando houver fundada suspeita de quem esteja portando armas proibidas ou objetos que constituam corpo de delito, mas para isso o agente do Estado deve possuir esse poder discricionário.

1.3 A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Marcineiro e Pacheco (2005) citam que a Constituição Federal de 1988 instituiu, conforme art. 144, incisos I a V, o policiamento federal, rodoviário federal, ferroviário federal, civis, militares e corpo de bombeiros. A polícia federal (inciso I) e a polícia civil (inciso IV) têm a função de polícia judiciária, enquanto que a polícia rodoviária federal (inciso II), polícia ferroviária federal (inciso III) e as polícias militares e corpo de bombeiros militares (inciso V) representam o policiamento fardado ou uniformizado, esta última, geralmente, possui hierarquia e disciplina militar e visa o estabelecimento da segurança no país.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V – polícias militares e corpo de bombeiros militares.

Observa-se que a Polícia de Segurança possui função ostensiva e preventiva, visando à garantia da ordem e da paz pública, caracterizando-se pela disciplina e hierarquia militar e, dessa forma, é orientada, também, pela repressão administrativa e coordenação dos ilícitos administrativos, segundo os termos do § 5º, do art. 144 da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a Polícia Administrativa, como a Polícia Rodoviária e a Polícia Aduaneira, possui o objetivo de aplicar as limitações impostas a bens jurídicos individuais, visando garantir o “completo êxito da administração” (§§ 2º e 3º do art. 144 da Constituição Federal de 1988).

Segundo Neto (2010), a polícia administrativa pode atuar de modo preventivo ou repressivo. Em sua atuação preventiva, são estabelecidas normas e outorgados alvarás para que os particulares possam exercer seus direitos de acordo com o interesse público. A atuação repressiva inclui atos de fiscalização e a aplicação de sanções administrativas. A punição do administrado depende da prévia definição do ato como infração administrativa.

Em casos de falhas das polícias citadas anteriormente, Tourinho Filho (2002) cita a Polícia Judiciária, a quem compete investigar e apurar fatos delituosos; realizar o início da persecução criminal do Estado e, assim, subsidiar o Ministério Público nos procedimentos relativos ao processo criminal na justiça, bem como a devida proposição da ação penal e posterior julgamento pelo Judiciário.

A Polícia Judiciária, Federal e Civil dos Estados, age após a ocorrência do fato delituoso; sua delimitação de atuação está no art. 144, §§1º e 4º da Constituição Federal de 1988, onde se infere que a elas compete, com exclusividade, a apuração das infrações penais, exceto as militares.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Streck e Moraes (2003), a noção de Estado Democrático de Direito apresenta-se indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É dessa ligação indissolúvel que emerge o que pode ser denominado de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito representado pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, como por exemplo: igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

Na visão de Reale (2007), o Estado Democrático se caracteriza e se fundamenta no princípio da soberania popular (uma ideia de Rousseau), que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se limita na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático e no cumprimento dos ideais de igualdade e liberdade. Portanto, a igualdade no Estado de Direito se funda na generalidade das leis (todos são iguais perante as leis – princípio da igualdade) e na realização do princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Para Streck e Moraes, (2003), “[...] a Constituição de 1988, parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social”, uma vez que o Estado Democrático de Direito começa a apresentar as condições de possibilidade para a transformação da realidade, sendo considerado inovador e não meramente uma continuidade dos outros estágios do Estado de direito, ideia transcrita a seguir:

[...] a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, ‘é o de promover a integração da sociedade nacional’. Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 104).

Leal (2006), em seu posicionamento, ressalta que a Constituição de 1988 em seu Título 1º elenca:

Os princípios fundamentais que pautam a organização do Estado e da Sociedade brasileira, deduzindo como fundamentos da República, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, etc. Essa mesma República tem, como objetivos, a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária: garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa forma, a previsão observada na Carta Política Brasileira revela que o constitucionalismo moderno-contemporâneo contemplou duas fases: uma caracterizada pelo Estado Liberal e a outra pela emergência e consolidação dos direitos sociais, oriundo da necessidade de se identificar um novo papel para o Estado. A partir daí consolida-se uma noção mais consistente de cidadania, valendo registrar que a cidadania é composta pelos:

Direitos civis e políticos, direitos de primeira geração, e os direitos sociais, direitos de segunda geração. Os direitos civis, conquistados no século XVIII, são os direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. São os direitos que embasam a concepção liberal clássica. Com relação aos direitos políticos, alcançados no século XIX, concernem à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal etc. São também chamados direitos individuais exercidos coletivamente e acabaram se incorporando à tradição liberal (LEAL, 2006, p...).

Nesse contexto, é clara a vinculação direta entre a concepção de Estado Democrático de Direito e o dever de concretizar os direitos fundamentais, os direitos de cidadania, uma realidade que repercute de forma direta na esfera do direito administrativo, porquanto a Administração Pública Brasileira deve pautar seus atos no sentido de viabilizar a consecução de tais direitos.

Para Reale (2007), a Constituição Federal de 1988 (CF/88) abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana, haja vista que, nos termos da Constituição, o Brasil há de “constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art.1º); e um sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títs. II, VII e VIII)”, apontando-se que a CF/88 estabelece em seu artigo 1º que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos à soberania, **a cidadania, a dignidade da pessoa humana**, os valores sociais e da livre iniciativa. (Grifos nossos).

Constituem-se em direitos individuais e coletivos, conforme o artigo 5º da CF:

“1 – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Dessa forma, o cidadão tem, independentemente de nacionalidade, assegurados os seus direitos e garantias individuais, que são garantidos e protegidos pela Constituição Federal brasileira e são importantes porque confirmam direitos individuais da verdadeira democracia, do Estado Democrático de Direito e, portanto, inerentes à dignidade da pessoa humana, ou seja, são considerados o respeito à criatura humana e os limites do poder através dos direitos inerentes ao cidadão (SARLET, 2007).

2.2 O PODER DE POLÍCIA *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Mendes (2010), os direitos fundamentais existem para reduzir a ação do Estado e para conhecimento da subordinação do indivíduo ao Estado e, portanto, tem o Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais do cidadão que, no entanto, não tem o direito de, em nome dos direitos humanos fundamentais, utilizá-los como um escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas e nem como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.

Segundo expõe Mendes (2010), a Constituição Brasileira de 1988 atribuiu elevado significado aos direitos individuais e direitos fundamentais, incluindo setenta e sete incisos e dois parágrafos no art. 5º, o que revela sua eficácia imediata e a vinculação direta dos órgãos estatais, que devem guardar-lhes estrita observância.

Para o autor (p. 1), “os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”, sendo ilegítima qualquer reforma constitucional que pretenda suprimi-los, pois possuem eficácia superior às outras normas, pelo que não somente o legislador, mas também todos os órgãos estatais possuem importante tarefa em sua realização.

Mendes (2010) argumenta que os direitos fundamentais constituem direitos de defesa, assegurando a liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário). A violação de tal princípio, segundo a teoria alemã de Jellinek, dá ao indivíduo a pretensão de abstenção, de revogação ou de anulação e, ainda, a pretensão de consideração (impõe ao Estado o dever de verificar a situação do eventual afetado, com as devidas ponderações) e de defesa ou de proteção (impõe ao Estado, em casos extremos, o dever de agir contra terceiros).

Portanto, em sua argumentação, Mendes (2010) afirma o lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais (defesa do indivíduo contra ingerência do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade), o que lhe outorga um direito subjetivo para a proteção do direito fundamental ou eliminação de agressões a sua autonomia pessoal.

Enquanto normas de proteção de institutos jurídicos, alguns direitos fundamentais outorgados pela Constituição dependem de intervenção do legislador, a exemplo da liberdade de associação, liberdade de exercício profissional e o direito de propriedade, que necessitam de disciplina normativa. No âmbito da proteção normativa tem-se o direito de proteção jurídica, o direito de defesa, habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data.

Mendes (2010) cita Ingo Sarlet para afirmar que a garantia da propriedade, o direito de herança, o Tribunal do Júri, a língua nacional portuguesa, os partidos políticos e sua autonomia são autênticas garantias institucionais inseridas na Constituição e, ainda a garantia de um sistema de seguridade social, da família, a autonomia das universidades, que também podem ser considerados como garantias institucionais fundamentais, casos em que é indispensável o dever constitucional de legislar, pois obriga o legislador a expedir atos normativos para a regulamentação de tais direitos.

Enquanto garantias positivas do exercício das liberdades, a falta de legislação também prejudica os direitos fundamentais, ou seja, existe, segundo Mendes (2010), o direito à prestação positiva de índole normativa, inclusive o direito à organização e ao processo (elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais), a garantia do direito de defesa e do contraditório e garantias processuais-constitucionais de caráter penal, a garantia do efetivo exercício das liberdades fundamentais (liberdade-autonomia, liberdade perante o Estado), o que

exige, segundo a teoria de Jellinek, “uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material” (MENDES, 2010).

Enquanto direitos a prestações positivas, os direitos fundamentais, isto é, enquanto direitos de defesa, asseguram não apenas o direito de ter liberdade em relação ao Estado, mas também de desfrutá-la mediante a atuação do Estado.

Dessa forma e segundo a argumentação de Mendes (2010), o sistema constitucional brasileiro não admite controvérsias sobre direitos sociais, no entanto algumas pretensões (exercício profissional e inviolabilidade do domicílio, que não asseguram trabalho e moradia) e, estando o Estado constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, indaga-se o autor se a satisfação de tais direitos podem ser jurisdicizada, assim como o direito à educação, à assistência e previdência social, que pressupõem a necessidade de políticas públicas, indicando uma tensão entre o direito e a política, pois dependem de recursos.

Para Ingo Sarlet, expõe Mendes (2010), a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento pode gerar a possibilidade de se exigir do Estado a emissão de atos legislativos ou administrativos em garantia à participação dos indivíduos na organização e procedimento, citando-se, como exemplo, o caso das organizações sindicais. A norma não pode, no entanto, conceder benefícios apenas a determinado grupo e, nesse caso, gera a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.

Por fim, Mendes (2010) discorre sobre o dever de proteção (direito fundamental de proteção e defesa pelo Estado) em garantia a direitos fundamentais contra agressão de terceiros, função que o Estado exerce como guardião desses direitos, configurando-se uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica: proibição de condutas ilícitas; segurança na proteção dos indivíduos contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; dever de evitar riscos (medidas de proteção ou prevenção) para o cidadão em geral, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico e tecnológico, assim reconhecendo-se o direito fundamental à proteção, cuja não observância constitui lesão ao direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

Nesse sentido, Mendes (2010) assegura, conclusivamente, que o dever de proteção do Estado inclui também o dever de proibição de condutas ilícitas, incluindo-se a limitação do poder de polícia; o dever de segurança na proteção dos

indivíduos contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; o dever de evitar riscos (medidas de proteção ou prevenção) para o cidadão em geral, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico e tecnológico, assim reconhecendo-se o direito fundamental à proteção, cuja não observância constitui lesão ao direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

2.3 O CONFLITO DE DIREITOS: O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E O DIREITO FUNDAMENTAL

Modernamente, o homem tem a consciência que os direitos fundamentais³ são indispensáveis para uma sobrevivência digna, e mesmo com as transformações sociais e políticas essa necessidade se mostra latente, propondo um dinamismo dentro desta mesma sociedade. Para o entendimento dos direitos humano-fundamentais e mais especificamente da segurança pública, estabelece-se como conjunto de prerrogativas e um caminho aos quais as instituições que suprem as necessidades e as exigências de liberdade, dignidade e igualdade entre as relações humanas, devem seguir.

No entanto, essas garantias básicas oferecidas pelo ordenamento não encontram no Estado o suporte necessário para sua atuação eficaz. Assim, essa garantia é percebida da seguinte maneira: o primeiro no que se refere à norma quanto regulamento de condutas, direitos e limites para os homens, suas relações, bem como para o Estado como promotor e coator, no segundo está a *práxis*, as práticas que existem como realização dessa norma ou não.

Nas palavras de Moraes (2005, p. 27):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da

³ “A expressão ‘direitos fundamentais’ está estritamente ligada com os direitos humanos que são reconhecidos, no seio das lutas por alternativas, como a expressão do amadurecimento do sentido e do potencial libertário e emancipatório popular, o que resgata a força política e de mobilização social que os caracteriza historicamente. Direitos humanos, além de se constituírem em horizonte ético reconhecido por diferentes culturas, constitui-se também em conteúdo político capaz de potencializar ações e congregar esforços em vista de traduzir para o cotidiano da humanidade, em sua pluralidade e diversidade históricas, as condições para fazer com que a dignidade humana seja ponto de partida inarredável e princípio orientador das ações (...) são realização histórica. Ou seja, são construídos - tanto do ponto de vista normativo quanto do ponto de vista da efetivação - num determinado contexto social que precisa ser trabalho nesta direção” (CARBONARI, 2006, p. 15-16).

responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos fundamentais estão situados nos arts. 5º a 17 da Constituição de 1988 e neles estão garantidos: direito à vida, à liberdade em todas as suas facetas (a exemplo das liberdades de expressão, de ir e vir, de culto, religioso, de pensamento, etc.), à igualdade, à segurança e à propriedade. Também assegura os direitos sociais como educação, saúde, lazer, trabalho, moradia, previdência social, proteção à infância e à maternidade, bem como a assistência aos desamparados. O direito à vida é o direito que o ser humano tem de existir, consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável.

Rocha (2007, p. 13), oportunamente, sintetiza:

O dispositivo constitucional garante proteção oferecida pelo à integridade física e moral do indivíduo, independente de sua classe social. Assim, 'Segurança Pública', é entendida como a garantia e a defesa dos Direitos Individuais, para que o cidadão possa usar, dispor, fruir e gozar dentro da ordem e da paz.

E, sabendo, de antemão, que o direito à segurança é um direito assegurado, conceituar segurança pública nos leva a uma questão ampla e, portanto, não está limitado ao combate ao crime, muito menos se restringe à atividade policial, todavia, enquanto atividade desempenhada pelo Estado é responsável pelo ensejo de estímulos para os cidadãos como: trabalho, produção, convivência e diversão, protegendo-os dos riscos a que estão expostos dentro desta sociedade que se manifestamente violenta. A plenitude de efetivação da democracia anseia por proteção dos direitos individuais, a garantia do exercício da cidadania e qualidade de vida para cada cidadão, estabelecendo-se uma nova ordem jurídica na sociedade, à "liberdade" de todos, onde não só os órgãos estatais, mas, somado à sociedade, possua responsabilidade pelas atividades da segurança pública.

Nesse sentido, por vezes encontramos dois ou mais direitos constitucionais em aparente choque: o direito à segurança pública e o direito, por exemplo, à liberdade de locomoção ou à intimidade. A aparência de conflito pode se dá, por vezes, durante a atividade policial, principalmente aquela voltada para prevenção, qual seja, a busca a pessoas, a veículos e em domiciliar, os quais, em cada caso, pode haver choque de interesses, ou seja, de direitos fundamentais.

A atividade de segurança pública, em tese, é atividade a partir do qual todas as demais atividades poderão se desenvolver. A sua ausência pode levar ao caos social, e todas as demais atividades desenvolvidas ficarão reféns da (in)segurança. Assim, o interesse (direito) social em desejar segurança pública sobrepõe aos direitos fundamentais, que podem ser relativizados face aqueles direitos.

Entretanto, para que a relativização possa ocorrer é imprescindível que o direito fundamental seja efetivamente violado. Portanto, é importante maximizar a ideia de que o direito a segurança é, antes de tudo, a principal porta de entrada para que todos os demais direitos possam caminhar por si só, sem se preocupar que ao menos não poderão ser exercidos. Também, maximizar a ideia de que a efetivação do direito à segurança é garantir que os demais direitos possam, posteriormente, serem exercidos.

Antes que os outros direitos serem exercidos é imprescindível que antes seja exercido o direito a segurança; que, o Estado ao proporcionar o direito à segurança, ou seja, ao, primeiramente, efetivar o direito à segurança, está preparando o alicerce para que os demais possam ser exercidos individualmente. Portanto, o conflito entre o direito à segurança e alguns direitos fundamentais é apenas aparente.

Entretanto, é importante asseverar que o direito à segurança pública não pode ser motivo para que o Estado restrinja abusivamente e indiscriminadamente os direitos fundamentais. Por isso, é imprescindível que a restrição seja efetivada mediante a aprovação de lei nas respectivas casas legislativas. O interesse público, por exemplo, o direito à segurança pública, só pode se sobrepor ao interesse particular, por exemplo, o direito à locomoção, se estiver previsão legal.

Por isso, no próximo capítulo abordaremos importante questão do presente trabalho, que trata da legalidade da busca pessoal, enquanto interesse público, contrapondo-se aos direitos fundamentais, enquanto interesse individual.

3 A (I)LEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL (ABORDAGEM POLICIAL)

Neste capítulo abordaremos o pensamento doutrinário e jurisprudencial acerca da legalidade de uma das principais atividades desenvolvidas pelo policiamento ostensivo que trata do encontro do agente do Estado com o cidadão, especificamente na atuação preventiva.

Entretanto, antes de inserirmos o assunto nos tópicos seguintes, é importante salientarmos que a despeito de existir uma pequena diferença da nomenclatura utilizada no trabalho, ora busca pessoal, ora abordagem policial, nós iremos empregar no mesmo sentido⁴.

3.1 A BUSCA PESSOAL (ABORDAGEM POLICIAL) E A FUNDADA SUSPEITA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O sentido adotado da expressão abordagem policial é o mesmo da busca pessoal, prevista no art. 244 do código de processo penal. Na realidade abordagem policial é forma coloquial de se referir à expressão busca pessoal, apresentada pela dogmática jurídica da lei processual penal e da doutrina.

A efetivação da busca pessoal pela polícia atinge a intimidade e privacidade das pessoas, podendo, dependendo da situação, não ser bem recebida por elas, e em decorrência disso, produzir ações constrangedoras e muitas vezes reações emocionais e agressivas. Neste momento, é de suma importância que o policial esteja preparado para suportar as oscilações emocionais do cidadão. O preparo nesse ponto, diz respeito a conceitos e critérios de ações que incorporem à dignidade humana das pessoas que estarão submetidas ao seu poder.

As situações apresentadas ao policial são extremamente complexas e variáveis dentro do tecido social. São, muitas vezes, situações de conflitos humanos, dramáticas, que pode envolver uma ou várias pessoas. Essas podem aparecer de diferentes maneiras, ora como vítimas, ora como agressores, ora como expectadores diretos ou indiretos, outras vezes como parceiros ou adversários, às vezes necessitando de auxílio e proteção, mas todos desejando que seus direitos sejam resguardados por aqueles que têm a incumbência de abrigá-los.

As situações em que os policiais se envolvem dão origem a opiniões e interpretações dos atos policiais. Essas opiniões e interpretações da comunidade podem ser positivas ou negativas para a organização policial e para o policial alvo

⁴ Nassaro (2011) diferencia abordagem policial da busca pessoal, afirmando que a primeira possui sentido mais amplo, podendo envolver momentos distintos, entre as quais, a ordem de parada, busca pessoal, identificação e eventual condução do revistado, no caso de constatação de infração penal, já a segunda, busca pessoal, em um sentido estrito, correspondente ao núcleo do procedimento, a parte mais relevante da intervenção policial, ou seja, a busca pessoal em si.

da observação. Disto se segue à relevância do estudo da abordagem policial sob o prisma da legitimidade e da legalidade.

Sempre que um policial aborda, por fundada suspeita, uma pessoa, que assim se torna suspeita de infração ou crime, envolve situações de tensão pessoal e social. Esta abordagem provoca reações no indivíduo, nos espectadores do ato e, eventualmente, no próprio agente público. Por isso, a abordagem policial, é fator primordial no desenvolvimento da atividade das instituições policiais.

Em pesquisa realizada na cidade do Rio de Janeiro por Ramos (2005, p.37) mostra “que, para um policial, talvez não haja pergunta mais difícil de responder do que esta: ‘O que leva um policial a considerar uma pessoa suspeita’”? A pesquisadora ainda cita no trabalho as falas de policiais militares entrevistados para ilustrar essa dificuldade (p.38).

Porque nós não temos um detector de bandido, seria muito bom. A gente entrava num ônibus ou parava um veículo: “Olha, o bandido é aquele lá”. Não tem como, bandido não tem cara. Vide essa menina de São Paulo, cometeu aquele crime bárbaro, menina de classe média alta, extremamente bonita. (Oficial de BPM do subúrbio).

Não está escrito na testa. (Vários)
O policial não tem bola de cristal. (Vários)

Tem policial que tem estrela para farejar. (Praça de BPM do Centro)
(Ramos, 2005, p. 38).

A pesquisadora (RAMOS, 2005) ainda cita que sendo a suspeita parte intrínseca do trabalho policial, inclusive do próprio pensar dele, o discurso é pouco articulado, mesmo entre oficiais de uma geração mais nova. E, Ramos (2005, p. 39), ainda cita, Muniz (1999), “do ponto de vista pragmático da cultura policial das ruas, suspeitar consiste em ‘uma atitude saudável’ de todo policial (p.16)”. E ainda observa:

De fato, a metáfora do espelho (“a polícia como espelho da sociedade”) é acionada no plano discursivo toda vez que o policial reconhece que as definições de “elemento suspeito” tendem a coincidir com estereótipos negativos relativos à idade, gênero, classe social, raça/cor e local de moradia, sendo a ideia do espelho particularmente cara a um pensamento progressista dentro da polícia, como assinalam Lengruber, Musumeci e Cano (2003: 50-71).

Muniz chama a atenção para o fato de que “consiste em uma espécie de lugar-comum acadêmico demonstrar que as categorias policiais acionadas para identificar atores em “atividade suspeita” ou com “comportamentos duvidosos e ameaçadores” refletem, em boa medida, as estruturas do poder e as desigualdades sociais existentes na sociedade” (p. 17). (Ramos, 2005, p. 39).

Com relação à fundada suspeita não é uma questão só de discriminação policial como na afirmação acima, os agentes encarregados da lei trabalham dentro da legislação existente no país. Na legislação brasileira a abordagem policial está embasada no Art. 244 do Código de Processo Penal:

Art. 244. A busca pessoal independerá 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.

A fundada suspeita citada no dispositivo legal acima é onde está centrado o poder discricionário do policial, para decidir quem parar e quando parar. O motivo e a motivação⁵ do policial ao abordar são os elementos necessários para que o ato de polícia vislumbre a legalidade. O Art. 239 do Código de Processo Penal complementa o art. 244 ao definir indício, nesse caso, também há margem para a discricionariedade do policial para ir à busca de outras circunstâncias que podem ou não serem provadas:

“Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

A utilização de técnicas de abordagens ou até mesmo critérios para selecionarem locais e pessoas que serão alvos de revistas policiais estão resguardados no poder discricionário. Faceta também relevante que integra a discricionariedade do trabalho policial é para Goldstein (2003, p. 107) “a possibilidade de escolha pela omissão, ou seja, deixar de adotar algum procedimento, realizá-lo de forma parcial ou adiar a execução, conforme eventuais conveniências”.

Segundo Goldstein (2003, p. 38), mascarados por este capuz de legalidade, por necessidade, os policiais trabalham de maneira muito mais solta e informal, fazendo escolhas frequentes e operando com ampla e vasta liberdade no cotidiano do trabalho policial. Esta é uma situação perversa para o policial, na ponta da linha, porque quando sua ação (ou omissão) resultar numa reclamação, por parte do cidadão, o julgamento dos procedimentos policiais utilizados, realizar-se-á dentro dos requisitos formais da legislação.

⁵ Para MARINELA (2010, p. 247) o motivo é o fato e o fundamento jurídico que justificam a prática do ato. A motivação exige que a Administração tenha o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de fato e de direito, assim como a correlação lógica entre esses fatos ocorridos e o praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei.

Segundo Ramos (2005, p. 54), é um tema onde não existe literatura policial, e, por existir uma lacuna, os policiais da ponta da linha se sentem à vontade para usar a discricionariedade em suas abordagens ou mesmo definir quem é o suspeito.

Outro aspecto que chama a atenção na pesquisa junto à PM é a pobreza do discurso sobre a suspeita. Não só não conseguimos localizar um único documento que definisse parâmetros para a constituição da “fundada suspeita” (expressão usada reiteradamente por policiais, mas sem qualquer sentido preciso), como encontramos nas falas de oficiais, antigos ou jovens, de alta ou baixa patente, uma articulação tão precária a respeito desse tema quanto a observada na “cultura policial de rua” expressa pelas praças de polícia. É surpreendente, para não dizer espantoso, que a instituição não elabore de modo explícito o que os próprios agentes definem como uma das principais ferramentas do trabalho policial (a suspeita); que não focalize detidamente esse conceito nos cursos de formação, nas documentações e nos processos de qualificação, nem o defina de modo claro e objetivo, deixando a mercê do senso comum, da “intuição”, da cultura informal e dos preconceitos correntes. (Ramos, 2005, p. 54).

Segundo Pinc (2006, p. 33), “os policiais estão autorizados a abordar pessoas que estejam se comportando de forma a despertar suspeita de que possam vir a agredir ou já ter transgredido alguma norma legal”. E complementa que a fundamentação dessa suspeita pelo entendimento policial é legítima. E a autora concorda com a citação anterior de Ramos (2006) ao afirmar que “essa capacidade de discernimento do policial gera muita discussão, principalmente pela ausência de conceituação clara do que seja atitude suspeita”. E, também Silva Júnior (2005) afirma que não há doutrina sobre a fundada suspeita.

Esse é o problema central do baculejo legal: quando ocorre a fundada suspeita? A doutrina não se dedica ao tema. Pelo menos não se dedicava, antes do baculejo virar moda. Hoje, até na comemoração de gol, tem jogador simulando que está sendo revistado, ironicamente, se identificando com os torcedores – o humor é uma forma de resistência do oprimido. Assim, é possível que o Profissional do Direito Penal possa contar em breve com uma bibliografia mais densa sobre o tema.

Conforme Pinc (2006, p. 33), a Polícia Militar do Estado de São Paulo, com o intuito de orientar a conduta do policial militar, criou uma definição da atitude suspeita, além de descrever algumas condutas tidas como suspeitas.

Atitude(s) suspeita(s): todo comportamento anormal ou incompatível com o horário e o ambiente considerados, praticado por pessoa(s), com a finalidade de encobrir ação ou intenção de prática delituosa. Alguns exemplos:

- a. Pessoa que desvia o olhar ou o seu itinerário, bruscamente quando reconhece ou avista um policial;
- b. condutor ou ocupantes de um veículo que olha(m) firmemente para frente na condição na condição de rigidez, evitando olhar para os lados, para o

- policial ou para a viatura, que naturalmente chamam a atenção do público em geral;
- c. pessoa(s) que, ao ver(em) ou reconhecer(em) um policial ou uma viatura, iniciam um processo de fuga, como correr, desviar caminho abruptamente etc;
- d. pessoa(s) parada(s) defronte a estabelecimentos comerciais, bancários, escolas, filas etc, por tempo demasiado e sem motivo aparente;
- e. pessoa que mantém seu veículo parado e em funcionamento defronte a estabelecimentos bancários, demonstrando agitação, nervosismo, ansiedade etc;
- f. veículo excessivamente lotado, cujos ocupantes demonstram temeridade em seu comportamento;
- g. táxi ocupado por passageiro, contudo, apresentando luminoso aceso;
- h. uso de vestes incompatíveis com o clima, possibilitando ocultar porte ilegal de armas ou objetos ilegais. (PINC, 2006, p. 33).

Nos comportamentos acima citados, as circunstâncias mais comuns de suspeição policial definem-se a partir de três elementos principais: ***lugar suspeito, situação suspeita e características suspeitas***. É o que Pinc (2006, p. 33) afirma, “embora a suspeita esteja fundada na atitude, é o fator comportamental associado ao ecológico que despertará a atenção do policial”.

A Polícia Militar de Minas Gerais utiliza como instrumentos normativos, doutrinários e de orientação aos seus integrantes, o Manual de Abordagem, Busca e Identificação, Minas Gerais (1981, p. 09), em consta o conceito do que vem ser abordagem policial (busca pessoal):

Dizem os nossos dicionários que abordar é: “acometer e tornar”; “aproximar-se de”; “chegar”; “interpelar”.

No nosso caso, poderíamos considerar como sendo:

- a. Uma técnica policial...
- b. “Ato de aproximar-se de uma pessoa, ou a pessoas, a pé, montadas ou motorizadas, e que emanam indícios de suspeição; que tenham praticado ou estejam na iminência de praticar ilícitos penais; outros...”
- c. Com o intuito de: investigar, orientar, advertir, prender, assistir, etc. (MINAS GERAIS, 1981, p. 09).

A pesquisadora da Universidade de São Paulo (USP) e Primeiro Tenente da Polícia Militar de São Paulo, Tânia Pinc, cita Ramos e Musumeci para definir o conceito de abordagem policial, PINC (2007), como:

Na relação cotidiana entre a polícia e o público, a abordagem policial é um dos momentos mais comuns da interface entre esses atores. Ramos e Musumeci a definem como “situações peculiares de encontro entre a polícia e população, em princípio não relacionadas ao contexto criminal”.

Acrescento a esta definição que a abordagem representa um encontro entre a polícia e o público e os procedimentos adotados pelos policiais variam de acordo com as circunstâncias e com a avaliação feita pelo policial sobre a pessoa com que interage, podendo estar relacionada ao crime ou não.

Essa é uma ação policial proativa, que ocorre durante as atividades de policiamento, cujos procedimentos preveem a interceptação de pessoas e veículos na via pública e a realização de busca pessoal e revista veicular, com o objetivo de localizar algum objeto ilícito, como drogas e armas de fogo. A decisão de agir é exclusiva do policial e é respaldada por lei. (PINC, 2007) ⁶.

Na abordagem policial, o policial aproxima-se de uma pessoa, que esteja em situação suspeita, com o objetivo de investigar, orientar, advertir, prender ou assistir. O policial tem de entender que sua missão é proteger vidas e não colocar temor em ninguém, ao passo que o cidadão precisa acatar as ordens do policial, e não reagir bruscamente por qualquer motivo no momento da abordagem. Após o término da abordagem, a pessoa que se sentir ofendida pela ação da polícia, pode e deve identificar o policial e a sua unidade, para apresentar o caso aos seus superiores ou a corregedoria policial.

No “encontro entre polícia e população”, o policial, no cumprimento de sua missão constitucional, pode, para conter o suspeito, utilizar da força moderada e proporcional para quebrar a resistência do infrator, dentro dos princípios legais.

3.2 BUSCA PESSOAL PREVENTIVA E BUSCA PESSOAL PROCESSUAL.

Nassaro⁷ (2005), em artigo publicado na revista Força Policial do estado de São Paulo, divide a busca pessoal de acordo com a finalidade que é realizada e de acordo com o momento: a preventiva e a processual. A primeira é procedida por iniciativa de autoridade policial competente, constituindo ato legitimado pelo exercício do poder de polícia, na esfera da administração Pública, como o fim especificamente preventivo (busca pessoal preventiva), enquanto a segunda, é realizada após a prática delituosa, ou ainda, na sequência da busca preventiva. O autor afirma que a segunda terá um caráter preventivo, em sentido amplo, na medida de existir possibilidade de evitar a prática de outros delitos. Os momentos

⁶ PINC (2007) em sua pesquisa cita Sherman para definir a ação policial proativa, como a relação direta entre o cidadão e a polícia podendo ocorrer de duas maneiras: (1) ação policial reativa; quando a iniciativa é do cidadão – as ligações ao 190 são exemplo; e (2) ação policial proativa, quando a iniciativa é da polícia – como exemplo a abordagem. (cf. Bayley; 1985: 36)

⁷ Adilson Luis Franco Nassaro é Oficial da PM do Estado de São Paulo, pós-graduado em Direito Processual Penal na Escola Paulista da Magistratura.

são bem distintos, quais sejam antes (busca pessoal preventiva) e depois da prática delituosa (busca pessoal processual).

Em relação à finalidade, a busca pessoal preventiva como o próprio nome diz, objetiva que o delito não ocorra em hipótese alguma, mas Nassaro (2005) ressalta que seu caráter preventivo pode ser observado em diversos momentos na linha temporal da persecução penal. Já a busca pessoal processual, visa o esclarecimento do fato delituoso, com a indicação de testemunha, autoria, colhimentos de provas materiais, e, posterior, penalização do autor.

A busca pessoal é um ato de polícia, é um ato, antes de tudo, da administração pública. Portanto, possui alguns atributos, entre os quais a discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, conforme lição Hely Lopes Meirelles, ou seja, caracteriza-se pela liberdade da escolha da oportunidade e da conveniência do exercício poder de polícia, pela execução direta e imediata de sua decisão, sem intervenção do Poder Judiciário (Nassaro, 2005).

Nassaro (apud Forte,1998) assevera que o policial militar, dentro do seu poder discricionário⁸, constatar que alguém está em atitude suspeita, deve valer-se da busca pessoal para a confirmação ou não de sua suspeita. Esta busca pessoal é inteiramente legal. Assim, não há que se falar em arbitrariedade, mas sim em discricionariedade nesta busca, que constitui um ato autoexecutável, pois dispensa mandado judicial e coercitivo, pois todo ato de polícia é imperativo, é uma ordem para o seu destinatário.

O ato de polícia, enquanto ato administrativo, possui alguns requisitos como o sujeito, objeto, a forma, a finalidade e o motivo. O sujeito é aquele que produz o ato administrativo e possui competência para realizá-lo O objeto é o resultado prático do ato em sua esfera de direito, é o ato em si mesmo considerado. A forma é o modo pelo qual a administração pública expressa a sua vontade (escrito, verbal, gesto, sonoro). O motivo são as razões que justificam a edição do ato. É a situação de fato e de direito que gera a vontade quando da prática do ato administrativo (Marinela,

⁸ Citação feita por Nassaro (2005): “Celso Antônio Bandeira de Melo define discricionariedade como sendo ‘a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (curso de direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Malheiros”’. 2001.p.821)

2010). Isso tudo, finda por serem alguns limites impostos ao ato do poder de polícia, ainda que a Administração disponha de certa margem de discricionariedade no seu exercício, conforme adverte Maria Sylvia Zanela Di Pietro (apud Nassaro, 2005).

A busca pessoal preventiva, enquanto ato administrativo, pode resultar num encontro de objeto ou informação que caracterizam a prática de crime ou contravenção penal. Se assim ocorrer, a busca pessoal despertará interesse processual. Inicia-se a fase de repressão imediata, para busca de outros elementos de informação para caracterizar o delito, se, caso, houver necessidade, podendo, inclusive, findar na apreensão de objetos, outras buscas pessoais, prisão ou isolamento do local de crime. Esta fase pode e deve ser realizada pelo policiamento ostensivo fardado, que também pode realizar busca pessoal processual. Nota-se que esta fase é de repressão, e possui caráter processual.

Cessada por completo a fase de repressão imediata, que normalmente é realizada pelo policiamento ostensivo fardado, inicia-se os trabalhos de investigação, próprio de polícia judiciária.

Nesse ponto, Lazarini (apud Nassaro, 2005) estabelece a distinção entre a polícia ostensiva (polícia administrativa) e a polícia investigativa (polícia judiciária):

“... a polícia administrativa é preventiva. A polícia judiciária é repressiva. A primeira desenvolve a sua atividade procurando evitar a ocorrência de ilícito e daí ser denominada preventiva. A segunda é repressiva, porque atua após a eclosão do ilícito penal, funcionando como auxiliar do poder judiciário. Mas, o mesmo órgão policial pode ser eclético, porque age preventivamente e repressivamente. A linha de diferenciação, portanto, estará sempre na ocorrência ou não de ilícito penal. Se um órgão estiver no exercício da atividade policial preventiva (polícia administrativa) e ocorrer a infração penal, nada justifica que ele não passe, imediatamente, a desenvolver a atividade policial repressiva (polícia judiciária), fazendo, então, atuar as normas de Direito Processual Penal, com vista ao sucesso da persecução criminal, certo que o que a qualificará em administrativa ou judiciária (isto é, preventiva ou judiciária) será, e isto sempre, a atividade de polícia desenvolvida em si mesma e não o órgão civil ou militar que a executou”.

Ressalta-se, entretanto, que existe a busca pessoal originariamente processual, baseada na funda suspeita, a exemplo daquela realizada no interior de uma delegacia, por iniciativa da autoridade policial, encarregada do inquérito policial, ou, ainda, aquela determinada pelo juiz, durante o curso de uma instrução processual, e até mesmo, aquela em que o juiz, atendendo requerimento das partes, seja de acusação ou da defesa, poderá determinar a busca pessoal no curso da instrução processual, conforme previsto no art. 156 do CPP (Nassaro, 2005).

O nobre Oficial da Polícia de São Paulo esclarece que:

“...não somente a busca pessoal preventiva é amparada na norma processual penal, como essencialmente (e originariamente) no exercício poder de polícia, que tem por atributos a presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade do ato e é exercido discricionariamente pela autoridade policial competente, inexistindo qualquer conflito com as disposições do código de Processo Penal. Por sinal, existe uma notável harmonia entre as prescrições da norma processual e o procedimento tradicional de busca pessoal preventiva, a ponto de se imaginar que tal atividade de polícia preventiva teria inspirado o legislador quando da elaboração da redação do dispositivo específico do Código de Processo Penal de 1941”(NASSARO, 2005).

O autor conclui que tanto a busca pessoal preventiva quanto a busca pessoal processual possui amparo na norma processual penal. Mas, a primeira tem como fundamentação, na sua origem, o exercício do poder de polícia e objetiva principalmente a prevenção do cometimento de delitos, visando a preservação da ordem pública.

Por fim, assevera que grande parte das armas e substâncias entorpecentes localizadas, de interesse processual, e indispensável à Justiça Criminal, é resultado das buscas pessoais realizadas a partir de fundada suspeita, na cotidiana atividade de policiamento ostensivo.

3.3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA BUSCA PESSOAL PROCESSUAL E PREVENTIVA

Vimos no item anterior que a busca pessoal preventiva e a busca pessoal processual possui amparo na norma processual penal, sendo que a primeira tem como fundamentação a mais, o exercício poder de polícia de preservação da ordem pública.

Ainda, José Wilson Gomes de ASSIS (2006)⁹, em artigo publicado no site *jusmilitaris*, investigando o pensamento da doutrina especializada, afirma a existência de duas correntes, quais sejam a processualista e publicista, as quais divergem entre si na fundamentação legal da busca pessoal, mas que na essência possuem a mesma fundamentação trazida por Nassaro (2005). Vejamos cada uma das correntes:

⁹ José Wilson Gomes de Assis é Oficial da Polícia Militar do Estado do Piauí.

3.3.1 Corrente Processualista

Por essa corrente, o fundamento da busca pessoal está lastreado exclusivamente no art. 244, caput, do CPP:

A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

A justificativa apresentada por esta corrente é de que a busca pessoal de caráter processual está prevista em lei. Esta corrente não admite busca pessoal em decorrência de ações preventivas de polícia, por não estarem prevista em lei. Ela é extremamente legalista.

Essa corrente entende que as abordagens realizadas pela polícia ostensiva deveriam ocorrer apenas nos casos de flagrantes impróprio (art. 302, III, CPP) e/ou de flagrante presumido (art. 302, IV, CPP). O primeiro considera em estado flagrancial aquele que é perseguido, logo após o cometimento do delito, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, enquanto o segundo é aquele em que é encontrado, logo depois, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Vejamos a lei:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nota-se nos dois casos acima, certo grau de insegurança jurídica, pois a autoria será presumida, e antes que se chegue a ela (presumida/suspeita) o policiamento ostensivo certamente irá realizar buscas pessoais em várias pessoas, cujas características se pareçam ou tenham semelhança pelas vestes que utilizam e/ou pelos objetos que portam, e são encontrados durante a diligência policial.

Por essa corrente, o policiamento ostensivo estará autorizado a usar do poder discricionário para realizar busca pessoais em cidadãos - mesmo naqueles em que não sejam autores do fato delituoso - mas que, pelas circunstâncias e pelas características, e utilizando os pressupostos da conveniência e oportunidade, pode, em um ou outro, recair a autoria do delito.

Portanto, a polícia ostensiva (que possui o caráter essencialmente preventivo) quando realizam buscas pessoais em estádios de futebol (hipótese em que não está sob o manto de fundada suspeita), por exemplo, estaria fora da legalidade.

Assis (2006), esclarece que se a ação da polícia ostensiva de segurança for limitada ao art. 244, do CPP, e às outras hipóteses que autorizam a busca pessoal, chega-se a conclusão de que as operações preventivas estarão no campo da ilegalidade.

Entretanto, o autor chama a atenção de que as regras processuais de busca pessoal regem apenas as ações policiais judiciária, atua pós-delito, e que tem natureza repressiva, persecutória, diferentemente das ações policiais preventivas, que tem natureza *preventiva*. Estas, segundo o entendimento do autor, não necessitam do direito processual penal. Ainda, se a polícia ostensiva durante uma busca pessoal preventiva (a qual se encontra no âmbito do poder discricionário de polícia) vier a encontrar com o revistado algum objeto de ilícito, sua ação passa de discricionária (preventiva) para vinculada, uma vez que a partir de então, estará agindo vinculadamente ao que determina os preceitos processuais penais. E, automaticamente, a busca deixa de ser preventiva para ser processual¹⁰.

3.3.2 Corrente Publicista

Para esta corrente a busca pessoal preventiva, que possui natureza essencialmente *preventiva*, e que é realizada pela polícia ostensiva, está amparada na própria Constituição Federal, em seu art. 144, § 5º, quando estabelece que às policiais militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, bem como, possui amparo no direito administrativo, no que concerne ao poder de polícia discricionário, com base na oportunidade e conveniência. Esta última, a polícia preventiva exercerá a busca pessoal em virtude de não ser possível prevê todas as situações cotidianas em que da atividade policial é envolvida.

¹⁰ Mais uma vez registram-se os ensinamentos de Nassarro (apud Assis, 2006): A busca pessoal preventiva, que tem por impulso a movimentação da polícia administrativa no campo da prevenção, pode resultar, no entanto, em encontro de objeto ou informação que caracterizem a prática de crime ou contravenção penal. A partir do exato momento da constatação da prática delituosa, por exemplo, com a localização de uma arma portada em condição irregular, desperta a busca pessoal o interesse processual no contexto da ação policial e, conseqüentemente, passa a ser regulada, junto às outras diligências necessárias, objetivamente pelas disposições da norma processual penal. Inicia-se, desse, modo, a fase denominada repressão imediata.

Embora as duas correntes acima sejam divergentes quanto à legalidade da busca pessoal, na visão de Nassaro (2005) não há divergência, pois as duas correntes estão amparadas na norma processual, e para isso cita Silvio José de Souza e Antônio de Carvalho (1998):

“A incumbência do policial de efetuar busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos falsificados, contrafeitos ou achados, utilizados, obtidos ou destinados à prática delituosa, no sentido de evitar que a vida e a integridade física das pessoas sejam maculadas, está amparada legalmente no código de Processo Penal, em seu art. 240, parágrafo segundo”.

Portanto para Nassaro (2005) o código de processo penal em seu art. 244 prevê as duas correntes, tanto a publicista como processualista, pois pela dicção desse artigo, a busca pessoal estará autorizada no caso de prisão ou por fundada suspeita de que a pessoa esteja portando arma ou objetos que constituam corpo de delito, o que denota a ação preventiva do Estado, em que o agente estatal exercerá o poder de polícia que tem como atributos a autoexecutoriedade, e atuará no campo da discricionariedade. Caso seja encontrado arma ou objeto ilícito, despertará o interesse processual penal.

3.4 O CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA A PARTIR DE CRITÉRIOS DE SUSPEIÇÃO ADOTADA PELA POLÍCIA.

O assunto abordado no item 3.1 vimos que não existe um conceito estabelecido do que vem a ser funda suspeita. As polícias militares de um modo geral, apenas procura orientar a conduta do policial militar, descrevendo uma atitude considerada suspeita. Vale repetir novamente os ensinamentos de Tania Pinc (2006), que a define como sendo “**todo comportamento anormal ou incompatível com horário e o ambiente considerados, praticado por pessoa(s), com a finalidade de encobrir ação ou intenção de prática delituosa**”, e cita alguns exemplos:

- a. Pessoa que desvia o olhar ou o seu itinerário, bruscamente quando reconhece ou avista um policial;
- b. condutor ou ocupantes de um veículo que olha(m) firmemente para frente na condição na condição de rigidez, evitando olhar para os lados, para o policial ou para a viatura, que naturalmente chamam a atenção do público em geral;
- c. pessoa(s) que, ao ver(em) ou reconhecer(em) um policial ou uma viatura, iniciam um processo de fuga, como correr, desviar caminho abruptamente etc;

- d. pessoa(s) parada(s) defronte a estabelecimentos comerciais, bancários, escolas, filas etc, por tempo demasiado e sem motivo aparente;
- e. pessoa que mantém seu veículo parado e em funcionamento defronte a estabelecimentos bancários, demonstrando agitação, nervosismo, ansiedade etc;
- f. veículo excessivamente lotado, cujos ocupantes demonstram temeridade em seu comportamento;
- g. táxi ocupado por passageiro, contudo, apresentando luminoso aceso;
- h. uso de vestes incompatíveis com o clima, possibilitando ocultar porte ilegal de armas ou objetos ilegais. (PINC, 2006, p. 33).

De acordo com as descrições acima feitas por Pinc (2006), as circunstâncias mais comuns de suspeição policial é definida a partir de três elementos principais: **lugar suspeito, situação suspeita e características suspeitas**. A autora acrescenta: “*embora a suspeita esteja fundada na atitude, é o fator comportamental associado ao ecológico que despertará a atenção do policial*”.

Estas orientações não permitem que agente do Estado tenha segurança jurídica¹¹ para desempenhar sua atividade diária, principalmente para aquele que tem o dever constitucional de prevenir o delito. Por isso, passaremos a expor algumas ideias do por que desse conceito, na prática da atividade policial, não ser favorável ao agente do Estado, e o impossibilita de “acertar o alvo”¹² da abordagem, além de também não se coadunar com algumas interpretações jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais.

Críticas ao conceito:

- Em relação ao fator comportamental

a - *comportamento anormal ou incompatível*: o que seria esses comportamentos anormais ou incompatíveis? Vamos pensar a partir de uma das descrições proposta por Pinc (2006): “*Pessoa que desvia o olhar ou o seu itinerário, bruscamente quando reconhece ou avista um policial*”. Seria pouco razoável realizar uma busca pessoal em alguém que tenha esse comportamento, mormente pelo fato de, por exemplo, esse alguém sofrer de síndrome do pânico, ou que já tenha sido de

¹¹ Para Nader (2009) a segurança jurídica possui dois aspectos: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde as qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica.

¹² Seria muito importante que todas as buscas pessoais, realizada pela polícia ostensiva, tivesse como pressuposto a certeza de que iriam ser encontrados armas ou objetos que constituíssem corpo de delito. Dessa forma, estaria não só demonstrando a sua eficiência, mas não daria margem para que o cidadão, que fosse abordado, e se sentisse constrangido, procurasse os seus “direitos”.

vítima de violência policial anterior, e como medo, não deseja, em hipótese alguma, ser revistado e vítima novamente.

- Em relação ao fator ecológico

b – *com horário e ambientes considerados* (lugar suspeito): o que seria esse lugar suspeito? Na atividade policial é notório associar esse lugar suspeito a lugares escuros, ermos e com pouca trafegabilidade. Mas seria razoável realizar uma busca pessoal em pessoas que transitasse por esses lugares, apenas pelo fator ecológico, ou mesmo associado ao fator comportamental? Voltamos novamente a explicação anterior a de alguém que sofre de síndrome do pânico, ou que alguém não possui outro lugar para trafegar, somente o da casa para o trabalho. É importante lembrar que em muitos lugares habitados, não existe iluminação pública, rede de esgoto, água encanada, lugares estes que, normalmente, vivem pessoas com baixíssima renda familiar, desassistida pelo poder público. Esses fatores ecológicos seriam suficientes para fundamentar a busca pessoal? O que se nota é que a ação policial, no que diz respeito a revistas em veículos e em pessoas, está mais voltada para áreas consideradas periféricas, em favelas, áreas de invasão, onde a população é mais carente, e ainda, pouco esclarecida quanto aos seus direitos fundamentais.

Ainda, em relação ao horário, sabe-se que com o advento da vida moderna os horários de trabalho, lazer e educação são amplamente variados, não existe mais a vida de outrora, em que as pessoas iriam dormir às 21h e acordar às 6h, e as ruas da pequena cidade ficavam vazias, sem transeuntes.

A ideia aqui não é desejar limitar o poder discricionário do policial militar ao ponto de agir somente após a prática de ilícitos penais, mas é harmonizar sua ação (abordagem policial ou a busca pessoa) com os direitos humanos, de maneira que um não se sobreponha ao outro, e, em consequência disso, por um lado, ocorram práticas excessivas por parte de agentes do Estado, e por outro, em nome dos direitos fundamentais, o cidadão se sinta na condição de fazer o que bem entender, provocando o aumento da sensação de insegurança pública.

Portanto, esse conceito ou até mesmo a descrição trazida a baila para fundamentar a busca pessoal não está alinhada com os conceitos advindos dos direitos fundamentais.

3.5 TENTANDO CONSTRUIR UM CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS Nº 81305-4.

Nos itens anteriores, mostrou-se a dificuldade que os estudiosos possuem para definir o que vem a ser fundada suspeita. A falta de definição, seja na doutrina, seja na legislação, do que vem a ser fundada suspeita, torna a atividade policial, voltada para a prevenção, precária, mormente pelo fato de não existir segurança jurídica para que as instituições, responsável pelo policiamento ostensivo, e até mesma para a polícia judiciária (investigativa), exerçam o combate à criminalidade, em harmonia com os preceitos constitucionais, que tem como principal fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste tópico tentaremos construir um conceito de fundada suspeita a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 81305-4, que afastou o uso exclusivo da subjetividade do agente público para pudesse realizar uma busca pessoal.

Entretanto, antes de inserir nossa construção do conceito do que vem a ser “fundada suspeita” é importante delinear alguns pontos acerca da atividade policial, a partir da legislação processual penal.

As polícias, e, em especial, aquela responsável pelo policiamento ostensivo fadado (Polícias Militares e Polícia Rodoviária Federal) são as que, normalmente, possui o primeiro contato com a prática de infração penal. São as que primeiro são acionadas para intervir em um evento criminoso. As suas intervenções ocorrem por meio da abordagem policial.

Grande parte do número de abordagens policiais realizada pelas polícias ostensivas ocorre nas hipóteses de flagrante, em que o cidadão sofre constrição de alguns de seus direitos fundamentais. Essas hipóteses estão previstos no art. 302 e incisos, do código de processo penal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Em tais casos, o agente público (policial) está autorizado¹³, pela legislação, com certo grau de segurança jurídica, não só a realizar a busca pessoal, mas usar a força necessária, moderada e proporcional para prender o cidadão que cometeu a infração penal, mesmo nos casos de flagrante impróprio (art. 302, III, CPP) e flagrante presumido (art. 302, IV, CPP), os quais deixam margem duvidosa para saber a autoria do evento criminoso.

Essa dúvida, porém, pode ser eliminada pelo uso do poder discricionário. Na prática da atividade de policiamento ostensivo, o policial é informado (seja por rádio, testemunhas, vítima, etc) das circunstâncias do crime, das características do autor e do meio de locomoção utilizado. É nesse instante, que o policial está autorizado a utilizar o seu *poder discricionário* para realizar busca pessoais em cidadãos - mesmo naqueles em que não sejam autores do fato delituoso - mas que, pelas circunstâncias e pelas características, utilizando os pressupostos da conveniência e oportunidade, pode, em um ou outro, recair a autoria do delito.

O uso do poder discricionário possui limites, e este limite é a lei. No presente caso, o limite está circunscrito aos casos de flagrante delito previsto no código de processo penal (art. 302, e incisos), combinada com a primeira parte do art. 244, do mesmo diploma legal: “*A busca pessoal independará de mandado, no caso de prisão...*”.

Vislumbra-se nessas considerações iniciais o afastar da insegurança jurídica que o agente policial teria quando do seu atuar, o que não ocorre pela dicção da segunda parte do art. 244 do CPP:

Art. 244. A busca pessoal independará de mandado, (...) 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.

É aí que reside a grande insegurança jurídica dos responsáveis em preservar a ordem pública.

A natureza da atividade do policiamento ostensivo é essencialmente de preservação. O policiamento ostensivo fardado, mesmo que estático (seja em viatura, ou a pé, ou a cavalo) tem por fim a segurança de todos os cidadãos. Embora parado, e em atitude de atenção, o policiamento ostensivo transmite uma sensação

¹³ O Policiamento ostensivo fardado está autorizado a realizar buscas pessoais fundamentando sua ação pela corrente Processualista.

de segurança para o cidadão que está às proximidades. Nessa situação já está prevenindo a prática delituosa.

Mas, a atividade estática em si, não é vista com bons olhos pela sociedade, que normalmente exige que o policiamento ostensivo seja móvel (dinâmico) e atuante. Este, inclusive, é uma forma de emprego do policiamento ensinado nas escolas de formação de policiais. Policiamento “bom” é aquele em que os agentes estão “trabalhando”, ou seja, estão realizando blitz, “patrulhões”, operação¹⁴.

Além disso, nessas atividades as pessoas são indiscriminadamente abordadas e submetidas à revista (busca pessoal). A justificativa utilizada pelos que estão na função de direção dessas instituições¹⁵ é a de que a polícia deve preservar da ordem pública¹⁶.

Entretanto, a previsão constante da segunda parte do art. 244 do CPP, em que não há necessidade de mandado para realização da busca pessoal, e que exige o pressuposto de **fundada suspeita**, de quem esteja portando arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito, permite uma margem de dúvida muito grande acerca da legalidade da busca, na medida em que a própria legislação não define o que vem a ser fundada suspeita, e a doutrina não enfrentou essa temática como deveria.

A insegurança jurídica é nítida, pois a partir da leitura do art. 244 do CPP algumas questões poderiam vir à tona: para que a busca pessoal seja legal, além da fundada suspeita, é imprescindível que a pessoa deva estar portando arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito? E se não tiver portando esse material, a busca pessoal, mesmo que seja realizada com o pressuposto de fundada suspeita, poderá ser considerada legal? O que vem a ser fundada suspeita? Que margem de segurança jurídica o agente de segurança pública possui para realizar a busca pessoal, de acordo com o pressuposto da fundada suspeita?

As incertezas aumentam (ou melhor, a insegurança jurídica aumenta) quando os agentes de segurança estão diante de **fatos desconhecidos** e de pessoas que

¹⁴ As blitz, os patrulhões e operações são atividades desenvolvidas pelas policiais militares com o objetivo de diminuir o índice de criminalidades.

¹⁵ Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal desenvolvem suas atividades por meio do policiamento ostensivo fardado

¹⁶ A corrente utilizada para fundamentar suas ações é a Corrente Publicista, amparada no direito administrativo, no que concerne ao poder discricionário, próprio do poder de polícia, e possui os pressupostos da oportunidade e conveniência.

escondem armas ilegais¹⁷ ou objetos que constituam corpo de delito, pois, a busca realizada nessas circunstâncias seria um “tiro no escuro”, que fatalmente aumentaria a probabilidade de atingir direitos fundamentais.

Diante desse alto grau de dúvida que paira acerca da legalidade da busca pessoal, quando se tem por pressuposto a fundada suspeita, é que se tem a pretenciosa intenção de construir um conceito acerca dela (da fundada suspeita), a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 81305-4.

Essa é uma decisão judicial emblemática, que vem sendo adotada como parâmetro pelos Tribunais de Justiça do Brasil, e está relacionada à legalidade da ação policial, no que diz respeito à busca pessoal quando revestida de fundada suspeita, e foi assim posta:

A fundada suspeita, prevista no art. 244, do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face ao constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder” (Supremo Tribunal Federal, HC nº 81.305-4/GO, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, J. 13.11.01, v.u., DJU 22.02.02, p.35)

Antes de passarmos construir nosso raciocínio acerca da construção de um conceito de funda suspeita, é importante frisar que a palavra suspeita já dá a ideia de desconfiança, de que alguém esteja desconfiando de outrem ou de algum fato. Está presente aí, a subjetividade da pessoa, que está desconfiando de outrem ou de algum fato. Quando se fala em atitude suspeita tem-se em mente que alguém esteja querendo esconder algum objeto de outrem, considerado ilegal ou imoral. Mas só essa atitude, considerada suspeita, ou seja, de querer esconder algum objeto ilegal ou imoral, não se alinha com a legislação, que exige que essa suspeita seja fundada. Não é qualquer atitude suspeita, mas uma atitude que denote *fundada* suspeita.

Ocorre que, o Supremo Tribunal federal acrescentou um entendimento a mais, relacionando a fundada suspeita, à parâmetros que serão expostos a seguir.

Retornando a decisão do Supremo, infere-se que a busca pessoal não pode fundar-se em parâmetro *unicamente subjetivos*, sendo necessários *elementos concretos* que indiquem a necessidade da revista, ou seja, a fundada suspeita não

¹⁷ Crime permanente diz-se quando a sua execução se prolonga, perpetua-se no tempo. (GRECO, 2010)

pode nascer, unicamente, a partir da concepção do próprio agente público (policial), seja em decorrência de sua experiência, seja em decorrência do que observa (olha, enxerga) no meio em que atua. Ela se forma (ou surge), quando alheado a elementos extrínsecos ao agente.

A fundada suspeita, nascendo exclusivamente da subjetividade, poderia encontrar alicerce no poder discricionário, que possui como parâmetros a oportunidade e conveniência. Entretanto, observa-se que isso apenas, não legitima a busca pessoal, pois de acordo com a decisão da Corte Superior, a fundada suspeita deve possuir, também, parâmetros externos ao agente público.

Parece-nos que a fundada suspeita quando nasce (ou quando surge, ou se forma) a partir de elementos intrínsecos ao agente, ou seja, a partir da própria concepção (subjetividade) do agente público, não a torna legítima, nem legal. O policial, mesmo se deparando com determinado fato, que pressupõe (a partir de sua própria concepção) a existência de (fortes) indícios¹⁸ de prática delitiva, não lhe autoriza a realização da busca pessoal, dado a falta de **segurança jurídica**.¹⁹

Tomando-se como fato-exemplo, constante da própria decisão do Supremo Tribunal Federal, em que o agente público realizou a busca pessoal em um cidadão, sob o argumento de que estava com um blusão e que poderia muito bem portar uma arma de fogo, não foi suficiente para tornar a ação policial legal. Nota-se que o agente se baseou para justificar o seu ato (busca pessoal com fundada suspeita) a partir de sua própria concepção.

Imprimindo, ao exemplo acima, um argumento a mais, qual seja, a de que o blusão estava com um “volume” acima do normal, e por isso, poderia, sim, suscetível a abrigar algum objeto ilícito. Tal argumento, entretanto, parece-nos que também não iria ser aceito, pois não existe o elemento extrínseco ao agente, que abrigasse a fundada suspeita. Mesmo que, um ou outro juiz ou tribunal, aceitasse tal argumentação, não asseguraria **segurança jurídica** para realizar a busca pessoal, pois poderia “errar o alvo” e atingir frontalmente direitos fundamentais.

¹⁸ Pela dicção do art. 239 do CPP **indícios** é a **circunstância conhecida e provada** que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (grifo nosso).

¹⁹ A ausência de segurança jurídica é nítida, pois conforme decisão do Supremo a busca pessoal não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos.

Como foi mencionado anteriormente (acima), o elemento intrínseco aqui referido diz respeito à subjetividade do agente policial, e, somente, por meio desta subjetividade, a busca pessoal não pode ser autorizada. A ideia de subjetividade possui relação direta com o seu “pensar”, ou seja, de como ele imaginaria e conceituaria a fundada suspeita.

Pode-se pensar na subjetividade nas mais variadas formas, que vai desde o “tirocínio”²⁰ policial até imaginar no comportamento daquele de quem ele imagina ser um infrator da lei. Não obstante a isso, a subjetividade do policial está permeada por constante atitude de suspeição, advinda da cultura policial, que legitima estigmas, estereótipos e preconceitos, além de hipervalorizar o caráter discricionário da chamada fundada suspeita. Isto faz com que o policial trace mapas cognitivos empíricos e “detalhados” do mundo social, que são equivocados, por não terem consistências teórico-científicas, e apresentando consequências que, na maioria das vezes, não podem ser antevistas e controladas (REINER, 2000).

A possibilidade, então, de a busca pessoal ser “acertada”, a partir da própria concepção do agente público (elemento intrínseco), diminui consideravelmente. O “acerto” e o “erro” ao realizar a busca pessoal passarão a ser uma constante na atividade de prevenção.

Por outro lado, a fundada suspeita, que nasce não apenas a partir da subjetividade, mas de critérios objetivos, extrínsecos ao agente, torna a ação de busca pessoal legítima e, portanto, legal.

Esclarecendo: a fundada suspeita toma contornos palpáveis a partir de elemento extrínseco ao agente público, que ao internalizar, constrói seu próprio juízo de valor acerca (do surgimento) da fundada suspeita. A experiência, nesse ponto, certamente, contribuirá para formar seu juízo, mas não pode jamais se afastar dos elementos concretos e extrínsecos a ele.

Fundada suspeita, portanto, **é o entendimento do agente público (policial), construído e valorado por elementos concretos, intrínsecos e extrínsecos ao agente, de modo que o comportamento de alguém esteja suscetível a uma busca pessoal.**

²⁰ Os policiais que trabalham no policiamento ostensivo por muito tempo criam uma percepção falsa de acreditarem quem é, e quem não é, o infrator da lei. Dessa forma, passam a realizar busca pessoal a quem acreditam que esteja na condição de fundada suspeita. PINC (2006) define “tirocínio” como a capacidade de identificar as condutas que demonstrem relação com o crime.

Em outras palavras, a fundada suspeita é o entendimento do agente público (policial) de que o comportamento de alguém está suscetível de uma busca pessoal, por está presentes elementos concretos intrínsecos e extrínsecos a ele.

Importante: Esses elementos extrínsecos não podem está relacionado as condições do ambiente, ao ecológico, como, por exemplo, a luminosidade, como quis asseverar Pinc (2006). Mas relacionado a uma **circunstância conhecida**, e não desconhecida, como as que estão relacionadas ao ecológico.

Esclarece-se que esses elementos extrínsecos devem ser concretos, capaz de afirmar (ou induzir) que exista uma grande probabilidade de que alguém esteja portando arma ou substância proibida ou objetos ou papeis que constituam corpo de delito. Reforçando a ideia anterior, os elementos tem que ser extrínsecos ao agente de segurança pública, ou seja, tenha-se uma **circunstância conhecida**, externa ao agente. Esta circunstância conhecida pode ser conhecida do agente de segurança pública ou de outrem.

Observem que o comportamento de alguém, alheado a parâmetros internos do agente policial e a elementos concretos (**circunstância conhecida**), externo a ele, são os que irão formar a ideia de fundadas razões para realização da busca pessoal. Parece-nos que foi isso que a mais alta Corte do Estado Brasileiro quis dizer no *habeas corpus nº 81.305-4/GO*.

Embora possa pensar que esse conceito limitaria muito o poder de ação da polícia, principalmente aquele voltado para a prevenção de práticas delituosas, esse conceito transmite segurança jurídica ao agente que realiza a busca pessoal.

A fundada suspeita torna-se mais densa, mais concreta e palpável quando se tem uma informação externa ao agente de segurança, alheado ao que ele acredita quem esteja em fundada suspeita, ou seja, por elementos intrínsecos. Como dito anteriormente, foi essa a direção do entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça.

Esse conceito funcionará como um filtro para que as buscas pessoais tenham um nível de “acerto” maior, pois não se terá apenas como pressuposto fatores subjetivos, mas também elementos extrínsecos, objetivos, concretos, e o importante: *conhecido*. Este conceito foge daquele proposto ou das situações propostas pelas instituições militares, que induzem o pensamento do policial à fundada suspeita. O policial terá uma segurança maior, ou seja, uma possibilidade maior de que, aquilo que esteja fazendo, tenha uma probabilidade maior para encontrar armas ilegais ou

objetos que constituam corpo de delito, na medida em que terá um elemento a mais, ou informação extra, autorizador da busca pessoal.

Só com os elementos subjetivos, o policial teria que apresentar uma capacidade de percepção maior para saber quem é ou quem não é a pessoa que esteja em situação de fundada suspeita. Embora, ele, durante sua atividade rotineira, treine essa capacidade, a probabilidade de não “acertar o alvo” é muito grande.

A ideia de fundada suspeita aqui apresentada se diferencia com a ideia de Pinc (2006, p.33) - adotada pelas polícias- que após descrever algumas atitudes ditas suspeitas, a define como aquela em que “*embora esteja fundada na atitude, é o fator comportamental associado ao ecológico que despertará a atenção do policial*”.

A autora, entretanto, não vislumbra a ideia de um elemento extrínseco (**circunstância conhecida**) ao agente público, qual seja, a informação de suposta prática delituosa²¹, repassada por alguma pessoa (informação conhecida, externa a ele). A sua subjetividade é importante, mas não é decisiva para que a fundada suspeita surja (nascimento).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal ao decidir acerca da legalidade da busca pessoal, quando se tem como pressuposto a fundada suspeita, afirmou que para sua realização por agente público competente, é imprescindível que esteja presentes elementos intrínsecos e extrínsecos, ou seja, que o policial esteja diante de uma **circunstância conhecida**, a ser provada pela efetivação da busca pessoal. A circunstância deve ter relação com um fato criminoso.

3.6 A “FUNDADA SUSPEITA” COMO LIAME TÊNUE ENTRE A LEGALIDADE E A ILEGALIDADE.

Partindo da definição adotada pelas polícias, o pressuposto da fundada suspeita para realização da busca pessoal é uma tarefa difícil para agente de segurança pública, pois a probabilidade de ele “errar” o alvo, qual seja, aquele que esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, aumenta proporcionalmente a sua inexperiência, os seus preconceitos e suas

²¹ Nesta situação o agente do Estado estaria, sem margem para dúvidas, autorizado a realizar a busca pessoal, nas hipóteses de flagrante delito.

opções, e, de acordo com a atitude de quem esteja sendo abordada, pode causar constrangimento.

Sabe-se que, não raras vezes, esse encontro é desconcertante²². Por mais que o agente de segurança pública seja treinado e experiente, não irá “acertar o alvo”, ao ponto de todas as buscas pessoais realizadas, ter a certeza de que irá encontrar objetos ou substâncias ilícitas em poder do revistado.

O questionamento é o seguinte: a busca pessoal pode ser considerada legal, quando presente o pressuposto de fundada suspeita? Certamente que sim, sua ação será legal, mesmo que seja constrangido. Mas, vamos imaginar que o abordado se sentiu constrangido pela forma que foi abordado, e por isso procurou as barras da justiça com o objetivo de criminalizar o agente público por entender que este infringiu o art. 146 do Código Penal. A partir daí caberá ao juiz decidir acerca da questão. Se o agente de segurança pública não for instruído o suficiente para informar ao juiz que a abordagem se deu, por exemplo, a partir de uma denúncia anônima ou a partir da informação de um transeunte (elementos extrínsecos, circunstância conhecida) de que o abordado estaria portando algum objeto ilícito, certamente que terá grandes chances de ser condenado e apenado.

Acrescentando a linha de raciocínio: imagina-se que o agente de segurança pública abordou, à noite, um cidadão por ele ter desviado a sua visão por ocasião de uma blitz, vindo, logo em seguida, a acelerar por que estava com pressa para chegar em casa. O policial, então, diante de tal situação, saiu em perseguição na viatura policial, com o giroflex, e ao final efetuou a busca pessoal, e, além disso, a pessoa foi conduzida à delegacia para averiguações. Na ocasião, várias transeuntes viram a situação, motivo que o fez a não aceitar a abordagem policial. O abordado, sentindo-se constrangido e violado no seu direito de ir e vir procura o seu advogado e impetra no juizado competente uma queixa-crime, por entender que o agente de segurança pública não possuía razão de efetuar a busca pessoal e nem de conduzi-lo para a delegacia. No presente caso, certamente, também será condenado pela justiça, por não existir a fundada suspeita.

Nas duas situações, embora o resultado do julgamento tivesse sido outro, qual seja, o da absolvição, a ideia aqui apresentada é mostrar que sempre existirá

²² Pinc (2006) utilizou a expressão encontro desconcertante para demonstrar que são inúmeros os casos de abusos por parte de policiais militares por ocasião do contato entre a PM de São Paulo e a população civil.

um liame tênue entre a legalidade e a ilegalidade, provocada pela própria legisla o atual, que deixou de definir a “fundada suspeita”.

Portanto, toda e qualquer abordagem que resultasse numa busca pessoal, sem o pressuposto da fundada é considerada ilegal, e os agentes de segurança pública que assim proceder poderá responder não são penalmente, mas civilmente e administrativamente.

3.7 OS POSSÍVEIS CRIMES COMETIDOS DURANTE A BUSCA PESSOAL (ABORDAGEM POLICIAL).

Os crimes aqui especificados são os mais propensos a ocorrer durante a busca pessoal quando não revestida da fundada suspeita, se não levarmos considera o a outros inúmeros que ocorrem durante a abordagem policial, como lesão corporal, concussão, ameaça, etc.

3.7.1 Abuso de Autoridade

Durante uma busca pessoal a autoridade pública pode cometer o crime de abuso de autoridade previsto na Lei 4849/65, se realizada sem os pressupostos da fundada suspeita. Trata-se de crime funcional, próprio, portanto, praticado por funcionário público que exerça cargo de autoridade. Nesses termos é o que dispõe o art. 5  da lei em análise, vejamos: “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou fun o pública, de natureza civil, ou **militar**, ainda que transitoriamente e sem remunera o”(negrito nosso).

O conceito de autoridade pública é o mesmo conceito de funcionário público para fins penais do art. 327, *caput*, do Código Penal.

Os crimes de abuso de autoridade estão previstos no art. 3  e no art. 4  da lei n  4.898/65. Os crimes do art. 3  não admitem a tentativa porque a lei já pune o simples atentado como crime consumado, os quais podem ser chamados de crimes de atentado (LIRA, 2013):

- “Art. 3  Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
- a)   **liberdade de locomo o**;
 - b)   inviolabilidade do domicílio;
 - h) ao direito de reunião;
 - i)   incolumidade física do indivíduo; (negrito nosso)

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) **submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;**
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) **o ato lesivo da honra** ou do patrimônio de **pessoa natural** ou jurídica, **quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.** (negrito nosso)

É possível observar que, basta que o constrangimento seja ilegal para se configurar o crime de abuso de autoridade. A busca pessoal em si já é constrangedora por natureza. Portanto, a busca pessoal realizada sem os pressupostos de fundada suspeita é considerada ilegal, e por isso, o agente público poderá ser submetido a um processo penal, civil e administrativo.

3.7.2 Constrangimento Ilegal

De forma também não muito diferente, o delito de constrangimento ilegal poderá ocorrer durante a realização de uma busca pessoal sem os pressupostos de fundada suspeita. O crime está tipificado no Código Penal, no artigo 156, vejamos:

Art. 146-Constranger alguém, mediante **violência** ou **grave ameaça**, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a **não fazer** o que a **lei** permite, ou a **fazer** o que ela não manda.

Retorno a discussão do caso levado à justiça no Supremo Tribunal Federal: se o cidadão não desejar ser revistado, como ocorreu no presente caso, e resistir a ordem verbal do policial, bem como resistir a realização da busca pessoal?

Não será diferente, o policial terá que utilizar a força proporcional e necessária para quebrar a resistência do cidadão. A questão é: a ação policial estava respaldada pelo pressuposto da fundada suspeita? Se sim, sua ação será legal. Se não, será ilegal, e, portanto, poderá responder a uma ação penal.

De outra forma, se o policial, que realiza o policiamento ostensivo, acreditar que o cidadão, por exemplo, que desvia o olhar ou o seu itinerário, bruscamente quando reconhece ou avista um policial, está sob a condição de fundada suspeita, e na ocasião da busca pessoal não encontra armas nem objetos que constituam corpo de delito, poderá estar cometendo o crime de constrangimento ilegal, caso, lá

adiante, já em um processo penal, o juiz considerar que sua ação não foi revestida de funda suspeita. Portanto, não foi revestida de legalidade.

A guisa de conclusão, o que se quis aqui não era demonstrar toda dogmática doutrinária e jurídica que cerca os crimes de abuso de autoridade e constrangimento ilegal, mas sim, demonstrar de maneira sucinta o liame tênue existente entre a legalidade e a ilegalidade durante a atividade policial de uma busca pessoal, que tem como pressuposto a funda suspeita.

Tal liame ainda fica mais evidente se olharmos sob a ótica de que não existe um conceito pronto e acabado do que vem a ser funda suspeita, circunstância esta que leva alto grau de insegurança jurídica para o desenvolvimento da atividade de policiamento ostensivo, que tem como um dos seus principais *modus operandi* a prática da busca pessoal.

3.8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BUSCA PESSOAL: A ATUAÇÃO EQUILIBRADA DO ESTADO

Reportamo-nos até agora acerca indefinição de um conceito acerca do que vem a ser fundada suspeita, seja por parte da legislação brasileira, seja por parte da doutrina, as quais não enfrentaram a temática como deveria e não ofereceram ao agente Estado contornos palpáveis para a sua atuação, de modo que possa desenvolver a sua função preventiva com segurança jurídica.

Essa indefinição acerca da matéria, principalmente por parte da legislação, conduzem as instituições policiais a elaborarem seus próprios conceitos de fundada suspeita, que, a nosso ver, distancia-se do propósito do Estado Democrático de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana o seu principal fundamento.

Demonstramos a existência de um liame tênue entre a legalidade e a ilegalidade por ocasião da realização da abordagem policial, que é corroborada com indefinição de fundada suspeita, que, por vezes, possibilita que os agentes do Estado saiam desse liame e adentram ao campo da ilegalidade, muitas vezes não porque desejam, mas pelo fato de a própria legislação não oferecer a segurança jurídica necessária para o desempenho da atividade policial, de acordo com os princípios fundamentais da República. Acerca desse liame tênue, Miguel (apud Alves, 2011) assim se manifesta:

O policial é o agente público que mais representa a manifestação do Estado na preservação da segurança e, mesmo agindo legitimamente, empregando a força, não pode descurar-se dos direitos fundamentais que decorrem os direitos do ser humano, a sua dignidade. Há uma linha tênue entre o uso da força pelo Estado e os Direitos Humanos que pode levar o profissional de segurança pública a ser responsabilizado por sua conduta, quer no plano jurídico interno, quer no externo.

O Estado, dessa forma, passa a sobrepor o seu poder aos direitos individuais, sob o suposto manto da legalidade, que envolve a fundada suspeita como pressuposto para realização da busca pessoal, sem mandado judicial, prevista na legislação processual penal e seu art. 244.

A superposição do poder do Estado sobre os direitos individuais está justamente na ausência do conceito de fundada suspeita. Enquanto a doutrina e/ou a legislação não enfrentarem essa temática com a devida atenção, o Estado irá manifestar todo seu *Leviatã*, dessa vez, repito, disfarçado sob o manto da legalidade, qual seja, a de que a busca pessoal pode ser realizada quando preenchido o pressuposto da fundada suspeita²³. Urge uma mudança legislativa a cerca temática.

Mas, enquanto as Instituições Policiais não tiverem a segurança jurídica para desenvolverem o trabalho, utilizando a sua principal ferramenta, qual seja a busca pessoal, para prevenir o crime, sem atingir direitos fundamentais, elas devem estar preparadas conceitualmente para que “a restrição dos direitos fundamentais, que sempre supõe um conflito positivo de normas constitucionais, tenha como premissa para solução desse conflito, a máxima observância dos direitos fundamentais, alheada a sua mínima restrição, quando em conflito com outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa” (Canotilho apud Nassaro, 2011), *in casu*, com o interesse público à segurança pública.

Nassaro (2011) ainda esclarece que:

“... a restrição de direitos fundamentais implica uma *relação de conciliação* com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de *concordância prática* dos direitos ou interesses em conflito. Não pode falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse constitucional diverso”. (itálico do autor)

Não se fala aqui nos excessos que podem ocorrer em uma busca pessoal, como aquele relacionado à deturpação e a utilização indevida por parte daqueles

²³ Mas que fundada suspeita é essa? É aquela sob a ótica da polícia, da doutrina, da jurisprudência? O poder Legislativo poderia enfrentar essa temática e definir o que vem a ser *fundada suspeita*.

que apenas desejam, dolosamente, mostrar o seu poder, com o intuito de satisfazer seus sadismos, propagando a violência gratuita, através de agressões físicas e morais, além de outras condutas inaceitáveis, como, por exemplo, ao constante no julgamento de policial militar no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RECURSO. CRIME. ABUSO DE AUTORIDADE. ART. 3º, ALÍNEA I DA LEI 4849/65. TIPICIDADE DA CONDUCTA E SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. PRESCRIÇÃO.

1 – Demonstrado de forma suficiente pela prova colhida que o policial militar, em abordagem, desferiu tapa no rosto da vítima sem motivo aparente, está caracterizado o abuso de poder.

2 – Não transcorrido lapso temporal superior a 2(dois) anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia, ou entre este e a publicação da sentença penal condenatória, não há falar em prescrição. APELAÇÃO IMPROVIDA. (ALVES, 2011).

Na mesma esteira, é intolerável ações do Estado que se afasta do princípio da dignidade da pessoa humana, “principalmente no encontro entre este e o cidadão, proporcionado pela busca pessoal, pois como fonte do respeito à condição humana, a dignidade não pode ser atendida seletivamente, a depender de classe, cor, ou outras atribuições físicas”. (ALVES, 2011).

Portanto, embora até o presente momento não se tenha uma mudança legislativa que viabilize e proporcione segurança jurídica à atuação dos policiais, e, em decorrência disso, não atinja direitos fundamentais, é de suma importância que a ação do Estado seja equilibrada e esteja com a atenção voltada para a dignidade da pessoa humana.

4 PROPOSTA DE MUDANÇA DA LEGISLAÇÃO

A atividade de policiamento ostensivo fardado é imprescindível para que a população possa se sentir segura contra a crescente e desenfreada prática delituosa no país, ou ainda, sentir a tão almejada sensação de segurança, alcançada pelos países desenvolvidos. A polícia ostensiva, que atua preventivamente, no sentido de que evitar a ocorrência de crime, utiliza importante ferramenta jurídica que é a busca pessoal, mormente pelo fato de não exigir mandado judicial para sua realização, e também, pelo fato de seu caráter de urgência e acautelatório que a medida exige, para evitar que a(s) prova(s) material(is) e/ou testemunhal desapareçam.

A urgência é sob o ponto de vista da quase instantaneidade, pois os casos de flagrante delito requer a imediata intervenção da autoridade policial, não podendo pensar em, primeiramente, solicitar um de mandado judicial, para posterior efetivação da busca pessoal.

Mas, como foi explanado no item 3.3, a busca pessoal para ser considerada legal é exigida a presença do pressuposto da fundada suspeita. Demonstrou-se que, como está descrito na lei processual penal, esse pressuposto leva insegurança jurídica para os agentes do Estado, na medida em que o seu “erro” atingirá direitos fundamentais do cidadão. Por isso, proporemos a mudança no Código de Processo Penal.

4.1 No Código de Processo Penal

Demostramos no item 3.4 que a atual redação do Código de Processo Penal não oferece segurança jurídica para que o agente do Estado possa atuar com confiança e certeza de que sua ação não está infringindo direitos de outrem. Essa atuação diz respeito à legalidade da busca pessoal, que possui como pressuposto de validade a *fundada suspeita*. Essa problemática se torna mais complexa, na medida em que não há estudo realizado pela doutrina jurídica acerca da definição de fundada suspeita. O que é encontrado são exemplos caracterizadores de comportamentos humanos que direcionam ao suposto entendimento da *fundada suspeita*. Ainda, observa-se a tentativa, por parte das polícias, em descrever comportamentos de pessoas, que normalmente estão à margem da lei. Essas

descrições são utilizadas como parâmetros para que o agente do Estado fundamente sua decisão de realizar ou não uma busca pessoal.

Mas, essa tentativa é falha, por dois pontos: primeiro, porque, a busca pessoal revestida do pressuposto da fundada suspeita, não é condição suficiente para que o agente do Estado encontre objetos ilícitos em poder de outrem. Na realidade, a probabilidade de encontrar tais objetos é pequena, porque nem sempre parte de uma circunstância conhecida, e sim da subjetividade do agente. Segundo, porque estão impregnadas de preconceitos, dando margem para que a utilização do poder discricionário se torne elemento inapropriado para aqueles que não souberem visualizar os seus limites.

Dessa maneira, é de suma importância que se limite esse poder discricionário por ocasião da realização da busca pessoal, tendo como pressuposto a fundada suspeita.

Para isso, propomos nesse trabalho a mudança legislativa no código de processo penal no seguinte:

Art. 244. (...)

Parágrafo único: Considera-se ***fundada suspeita a circunstância conhecida, a ser prova, que, tendo relação com o fato criminoso, autoriza a busca pessoal.***

Passamos expor o seguinte: a fundada suspeita surge de um fato conhecido (circunstância conhecida) por alguém e não da subjetividade do agente público. A partir dessa redação, limitar-se-ia o poder discricionário do policial, na medida em que ele não poderia realizar a busca pessoal, apenas, a partir de parâmetros subjetivos, mas sim de elementos concretos que possam indicar uma alta probabilidade de que alguém esteja portando armas ou objetos ou papeis que constituam corpo de delito.

A *circunstância conhecida* não é uma suposição originada, apenas, a partir da concepção do agente do Estado, mas de uma terceira pessoa ou de uma circunstância outra, todas externa ao agente. Essa fórmula é mais palpável, na medida em que a fundada suspeita se formará com a concepção do agente, somado a um fato conhecido (fator externo), e não desconhecido, como àqueles propagados pelas polícias, como o fator ecológico (PINC, 2006).

A circunstância conhecida terá que ser *provada*, e só pode ocorrer com a efetiva realização da busca pessoal. Portanto a inclusão da expressão “a ser

provada”, indicando que o policial está autorizado a realizar a busca pessoal, mas, como foi dito antes, não apenas por meio de sua subjetividade, mas por elementos externo a ele.

De forma derradeira, a circunstância conhecida terá que possuir relação direta com o fato criminoso, por isso o uso da expressão “*tendo relação com o fato criminoso*”. Não se pode imaginar a realização da busca pessoal sem a informação prévia da ocorrência de um crime ou em situação flagrantemente criminal.

Esse raciocínio não retira o poder do policial de, estando diante de uma situação flagrantemente criminal, possa de imediato realizar a busca pessoal, como, por exemplo, o cidadão (visto pelo policial) que, portando arma de uso proibido, esconde, logo em seguida, para não ser visualizado pelo policial.

Também, não retira do policial o poder discricionário próprio do poder de polícia, enquanto ato administrativo, pois como explanado anteriormente, a busca pessoal poderá ser realizada em pessoas, que, embora não se tenha a certeza de que cometeu um delito, mas pelas circunstâncias do acontecimento de um crime prévio, e pelas semelhanças das características físicas, de suas vestes e pelo meio de locomoção, pode, um ou outro, recair a autoria do delito. Nessa ocasião, o uso do poder discricionário é inevitável, mas, estará configurada a hipótese de fundada suspeita de que a pessoa, submetida à busca, poderia estar portando arma proibida ou objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

É de suma importância frisar que o novo código de processo penal apenas repete a redação utilizada no art. 244 do atual código de processo penal, apresentando o seguinte teor no art. 219:

Art. 219. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

O legislador pátrio ainda não atentou para necessidade de oferecer segurança jurídica aos agentes do Estado, que realizam o policiamento ostensivo fardado, ou ainda, diminuir o limite do poder discricionário que a expressão “fundada suspeita” apresenta, mormente pelo fato de, ainda, não conceituar o que seria a fundada suspeita.

O que se tem é uma proposta de lei nº 77, de 2004, do Senado Federal, acrescentando o parágrafo único ao artigo 244, assim redigido:

Parágrafo único: Na hipótese de inexigibilidade de mandado, deverá o executor mencionar o motivo e os fins da diligência, registrando o local, bem como o nome, documento de identidade, sexo, idade, cor e religião da pessoa inspecionada.

Essa proposta, embora interessante para o controle da atividade policial, no que diz respeito à realização ou não da busca pessoal, não retirará a insegurança jurídica apresentada, e já explanada no item 3.4. O controle a que refere é próprio do poder de polícia, em que estão presentes alguns elementos do ato administrativo, como o sujeito competente, a forma, o motivo, o objeto e a finalidade. Ver-se que essa redação exige pelo menos dois deles, quais sejam o motivo e o fim. O motivo é o “pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato” (Mello apud Marinela, 2010), no caso, é a exigência da fundada suspeita para realização da busca pessoal, enquanto o fim é o bem jurídico a ser protegido pelo ato, que no caso, é a preservação da ordem pública, ou seja, visa o interesse público, o bem comum, de caráter geral. De modo específico, a busca pessoal visa encontrar arma proibida ou objetos que constituam corpo de delito.

Nesse sentido, e como dito anteriormente não ajuda a clarear as obscuridades acerca da expressão “fundada suspeita”, constante no código de processo penal.

4.2 Na Lei de abuso de Autoridade (Lei 4849/65)

A proposta aqui não é recente, pois já tramitou no Senado Federal o projeto de Lei nº 77, de 2004, que incluiria a alínea J no art. 4º da lei 4849/65 (lei de abuso de autoridade), e que objetivava frear os impulsos dos agentes de segurança pública.

Art. 4º. Constitui-se também abuso de autoridade:

(...)

j) Executar busca pessoal sem a exibição de mandado judicial ou, na hipótese de inexigibilidade deste, sem proceder posterior registro e justificação. (inserir de onde vem)

Essa proposta poderia ser uma ferramenta a mais para o controle da atividade policial do policiamento ostensivo preventivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado é o grande ordenador das diretrizes legais dirigidas a todas as pessoas presente nele. Foi criado e concebido a partir das necessidades humanas em viver em sociedade, com o objetivo de atingir o bem comum entre os seus integrantes. A população presente em seu território transferiu para o ente Estatal o poder, de maneira que, a partir dele, possa defender os interesses do povo contra qualquer outro poder, seja ele advindo da união de pessoas (que não representam o interesse do povo), de instituições criadas pelo próprio Estado ou mesmo de outro Estado, os quais tenham interesse em subverter a ordem instituída pelo Estado soberano.

Para que esta ordem não seja alterada, o Estado utiliza o poder de polícia nas suas mais diversas formas e Instituições, dispostas rigidamente em um sistema de normas que tem na Constituição a sua viga mestra, base orientadora de todo o ordenamento jurídico, e conseqüentemente, orientador das ações do Estado. As Instituições que manifestam o poder de polícia possuem suas atribuições e competência definidas pela Constituição.

O uso do poder de polícia por essas Instituições não podem atingir frontalmente os direitos individuais, que, embora não sejam considerados um poder na sua essência, assim o é, na medida em que serve como um contra esforço ao poder estatal, ou um contra poder estatal, quando este se sobrepõe aqueles direitos, aniquilando a dignidade da pessoal humana.

Uma das expressões (exteriorização) do Poder do Estado é a busca pessoal prevista no Código de Processo Penal, utilizada como um meio de prova para o esclarecimento dos ilícitos penais. Essa, quando realizada pelos representantes do Estado, pode violar a dignidade da pessoa humana, se praticada com objetivos outros, que não sejam o interesse público e o bem social, ou, ainda, quando pratica fora dos ditames legais.

A busca pessoal, realizada pelas Instituições competentes, é uma faceta ínfima do poder do Estado. As principais Instituições que a realizam diariamente são as polícias militares e a polícia rodoviária federal, responsáveis, dentro de cada atribuição, pelo policiamento ostensivo fardado, que possui natureza eminentemente preventiva. Essas instituições utilizam essa ferramenta jurídica para realizar o policiamento preventivo.

A tarefa de abordar ou de realizar a busca pessoal seria fácil se não envolvesse situação de tensão pessoal e social, tanto por parte do executor quanto daquele que está sofrendo a constrição de algum direito. Tal situação pode gerar conflito, se o policial não estiver bem treinado para realizar com convicção a busca pessoal, de forma correta e dentro do prescreve a legislação.

A legislação passa a ser seu braço legal para as ações de policiamento preventivo. O Código de Processo Penal é a principal lei que trata da matéria, com previsão dispostas nos artigos 240 a 250.

O interesse maior nesse estudo está previsto no art. § 2º do art. 240 e art. 244 do Código de Processo Penal, os quais tratam da busca pessoal quando motivada pela *fundada suspeita*, e para isso, demonstrou-se existir duas correntes, que tentam oferecer o suporte jurídico para fundamentar as ações preventivas das polícias.

A primeira delas, a processualista, assevera que a busca pessoal, quando revestida do pressuposto de *fundada suspeita*, só pode ser efetuada pós-delito, nos casos de flagrante delito, não admitindo a ideia de realizar a busca pessoal com o cunho eminentemente preventivo. Para essa corrente, a busca pessoal possui caráter processual porque está prevista em lei, não admitindo as buscas pessoais em decorrência de ações preventivas de polícia, por não estarem previstas em lei.

A segunda, a denominada Publicista (ou Preventiva), de caráter preventivo, está fundamentada pelo exercício de poder de polícia discricionário, enquanto ato da administração, com base na oportunidade e conveniência. A motivação do ato administrativo é a *fundada suspeita*. Para essa corrente existe amparo, também, da própria Constituição Federal, em seu art. 144, § 5º, quando estabelece que às policiais militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Mas, para além dessas duas correntes, é importante ressaltar que ambas possuem no pressuposto da *fundada suspeita* a motivação para a realização da busca pessoal, e, está aí, a grande problemática enfrentada pelo trabalho do policiamento ostensivo fardado, pois não existem estudos voltados para definir o que vem a ser esta “fundada suspeita”. A doutrina não se debruçou para dispor de uma definição que transmitisse segurança jurídica à atividade de policiamento ostensivo fardado.

O legislador não se preocupou em definir o que vem a ser fundada suspeita. A inferência que se tem, lendo o artigo 244 e o parágrafo segundo do art. 240 do

Código de Processo Penal é que ele deixou para o agente público, no caso o policial, o encargo da difícil tarefa de defini-la.

Diante dessa lacuna legislativa e da ausência de estudo doutrinário, as polícias tentam definir o comportamento de alguém, que esteja na condição de fundada suspeita, associando o fator comportamental ao ecológico. Na concepção policial, isso desperta a atenção do policial, cujas circunstâncias estão relacionadas ao lugar suspeito, situação e características suspeitas.

Na realidade, assim como a legislação, a tentativa de definição feita pelas polícias apenas engrossam a insegurança jurídica que a expressão “fundada suspeita” traz a atividade de policiamento preventivo e repressivo. Imaginar que o fator comportamental associado ao ecológico pode indicar, com um mínimo de certeza, que alguém está portando arma ilegal ou objetos que constituam corpo de delito, não é permitir que os agentes do Estado tenham a convicção e a certeza de que estarão trabalhando na legalidade.

Por isso, a existência de uma linha tênue que divide a ação legal da ilegal, constante da atividade de polícia preventiva, em decorrência, principalmente de não se definir, nem de forma razoável, o que vem a ser *fundada suspeita*, pressuposto elementar para realização da busca pessoal, previsto no Código de Processo Penal.

Ora, o policial, principalmente aquele que trabalha realizando o policiamento ostensivo fardado, necessita saber que sua ação, qual seja, a de prevenção, está sendo realizada dentro dos parâmetros legais. Se não tiver o mínimo de certeza de que a busca pessoal está sendo realizada com o pressuposto de funda suspeita, sua ação poderá, certamente, ser levada às barras da justiça.

A insegurança jurídica ainda fica mais evidente, sabendo que aquilo que o policial está fazendo poderá se constituir em um crime de abuso de autoridade ou até mesmo em constrangimento ilegal. Tal situação poderá ter uma implicância, pois o cidadão, que foi submetido a uma busca pessoal, sentir-se prejudicado, por exemplo, em seu direito de intimidade, ou se recusar a sofrer uma revista, poderá conduzir o caso às barras da justiça, fazendo com o policial responda a um processo penal sem sequer ter o *animus* da prática delituosa.

Daí a importância, não só por parte da doutrina, mas por parte do legislador infraconstitucional, em começar a pensar uma forma de os agentes do Estado trabalhar, sem atingir direitos fundamentais do cidadão. Essa medida poderia ter sido já pensada com o advento do novo Código de Processo Penal, mas o legislador

ainda não teve a sensibilidade necessária para viabilizar a mudança desse paradigma.

O que se denota é que o atual código de processo penal e o novo código, que está em trâmite no Congresso Nacional, ainda irá reproduzir a incerteza jurídica que a expressão “fundada suspeita” traz para atividade do policiamento ostensivo.

Nesse sentido, os dois códigos processuais penais findam por incentivar os abusos cometidos por policiais, uma vez que, ao deixarem de definir a fundada suspeita, abrem de forma temerária, o campo muito extenso ao poder discricionário, próprio do poder de polícia.

Essa abertura, demasiadamente larga, ao poder discricionário é bem visível, pois, como foi dito anteriormente, a doutrina não enfrentou essa matéria como deveria, bem como, o legislador deixou para o agente do Estado, o encargo de definir quando alguém está ou não na condição de fundada suspeita.

Por isso, após as análises feitas durante esse estudo, nota-se que a definição feita pelas polícias não se coaduna com as decisões jurisprudenciais e, em especial, com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 81.305-4/GO, mormente pelo fato de esta decisão judicial deixar transparecer, ou melhor, evidenciar que, para configuração da fundada suspeita, é necessária a associação de elementos subjetivos e objetivos concretos. Esse parâmetro diferencia-se dos adotados pelas polícias, que associam a situação de fundada suspeita ao fator comportamental e ao ecológico, os quais deixam o fator subjetivo ser mais presente e intenso.

Diante da insegurança que a expressão “fundada suspeita” traz a atividade do policiamento ostensivo, é que se propôs a mudança legislativa, no sentido de inserir ao atual código de processo penal o parágrafo único, que trata de um *conceito de fundada suspeita*, como sendo a *circunstância conhecida, que, tendo relação com o fato criminoso, autoriza a busca pessoal*.

A ideia é diminuir o campo do poder discricionário, pois somente estaria autorizada a busca pessoal a partir de uma circunstância *conhecida e de um fato criminoso*. Não estariam autorizadas as buscas pessoais a partir de fato desconhecido de alguém, e de um fato que não fosse, presumidamente, criminoso.

É importante ressaltar que o fato de não realizar uma busca pessoal em circunstâncias associadas ao fator comportamental e ao ecológico, como aqueles definidos por Pinc (2006), não eliminaria a ação da abordagem, em si, do policial. A

abordagem aqui manifestada é aquela no sentido de aproximar-se do cidadão para procurar saber o que estaria acontecendo, caso ele viesse a ter um comportamento “anormal”, sem, entretanto, em um primeiro momento, submeter o cidadão a uma busca pessoal.

De tudo que foi acima explanado e observando as hipóteses (Hipótese central, H1 e H2) formuladas na Introdução desse estudo, quais sejam: A abordagem policial, sob a alegação de preservação da ordem pública, é legal, haja vista que o interesse coletivo sobrepõe ao interesse individual; H1: A abordagem policial, sob a alegação de preservação da ordem pública, não é legal, na medida em que a legislação não permite a segurança jurídica necessária, para que o desenvolvimento do trabalho policial não atinja direitos fundamentais; H2: A abordagem policial, sob a alegação de preservação da ordem pública é legal, haja vista a legislação, que dispõe sobre o assunto, permite que o agente do Estado o faça sem atingir direitos fundamentais, pode-se apresentar respostas adequadas ao tema, nos termos seguintes:

Para responder as hipóteses formuladas, nota-se que existe uma legislação no âmbito do direito processual penal e no direito administrativo que oferecem suporte jurídico para realização da busca pessoal pelos agentes do Estado, quando não há exigibilidade de mandado judicial. A hipótese central permite que a realização da busca pessoal, pois o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual, desde que esteja revestida da fundada suspeita.

Por outro lado, a hipótese H1, após detida análise da legislação e do pensamento doutrinário das polícias, verificamos que a legislação não oferece a segurança jurídica necessária para que a atividade de busca pessoal não atinja direitos fundamentais, por inexistir um conceito nem um estudo doutrinário para definir o que vem a ser fundada suspeita, permitindo o alargamento do poder discricionário, o que vem causando consequências nefastas, tanto para o cidadão quanto para o policial. O cidadão por ter seus direitos vilipendiados e o policial, por vezes, responderem a processos administrativos e judiciais.

Em relação a hipótese H2, não há como se sustentar, pois como dito nos parágrafos anteriores a legislação que trata da matéria no, que diz respeito a fundada suspeita como pressuposto da realização da busca pessoal, deixa margem grande para que ocorra o tirocínio policial e daí se cometa os abusos de autoridade ou de constrangimento ilegal.

Sendo assim, a mudança na legislação proposta não é somente para limitar o campo do poder discricionário, mas é diminuir a incidências dos abusos cometidos pelos policiais ao cidadão, muitas vezes por desconhecerem a legislação, e outras em decorrência do liame tênue existente entre a legalidade e ilegalidade, e a principal delas, em decorrência de legislação não definir o que vem a ser fundada suspeita para fins de obtenção de prova no processo penal.

Poder-se-ia pensar que essa proposta de mudança legislativa iria engessar a atividade de policiamento ostensivo, pois a sua natureza eminentemente preventiva iria inexistir. Entretanto, é interessante ressaltar que ação de polícia ostensiva nas suas mais diversas modalidades, quais sejam a pé, a cavalo, motorizado, entre outras, por si só já previne o delito, mesmo quando parado ou em movimento. Caso não consiga evitar o cometimento de crime, o seu emprego deve ser imediato, logo após o delito.

Nesse sentido, não há que se falar em engessamento da atividade policial voltada para a prevenção, mas sim, permitir que essa importante atividade esteja alinhada com o Estado Democrático de Direito, e suas ações possam atenuar ao máximo o conflito existente entre o interesse público e o interesse particular, permitindo que a restrição de direitos fundamentais somente seja violada na exata medida dos limites impostos pelos princípios Constitucionais que possui na dignidade da pessoa humana, a temática basilar, orientadora de todos os demais princípios.

Daí a necessidade de o policial está bem preparado para perceber esses novos parâmetros legais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. Direto, poder e opressão. 3ª ed. rev., atual e ampl. SP: editora Alfa-Omega, 1990.

ASSIS, José Wilson Gomes de. Operações tipo blitz e buscas pessoas coletivas: as ações preventivas da polícia militar e a sua legalidade. Revista Jusmilitares. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/operacoesblitz.pdf>. Visualizado em 05/05/13.

ALVES, Kim Nunes. Abordagem policial: a busca pessoal e seus aspectos legais. Revista jusnavegandi, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/autor/kim-nunes-alves>. Acesso em: 19/09/13.

BURDEAU, Georges. O Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FORTE, Edimilson. Policiamento preventivo: indivíduo suspeito, busca pessoal, detenção para averiguação, identificação de pessoas. São Paulo: Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores da polícia Militar, monografia do CAO-I, 1998.p-30.

GOLDSTEIN, Herman. Policiando uma sociedade livre. Coleção Polícia e Sociedade. São Paulo. Edusp. 2003.

GHIDOLIN, Clodoveo. Jusnaturalismo ou Positivismo Jurídico: uma breve aproximação, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 10ª Ed. ver., amp. e atual. Rio de Janeiro. Ed. Impetus. 2010.

LEAL, César Barros. Criminalidade: seus fatores exógenos e prevenção. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2006.

LIRA, Daniel Ferreira. Crimes de abuso de autoridade: uma análise atual da Lei nº 4.898/65 à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Visualizado em 09/11/2013.

MARCINEIRO, Nazareno; PACHECO, Giovanni C. Polícia Comunitária: evoluindo para a polícia do século XXI. Florianópolis: Insular, 2005.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4ª ed. rev., atual e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo; Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Salvador/BA: Instituto Brasileiro de Direito Público. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 23, julho/agosto/setembro de 2010.

MINAS GERAIS, Polícia Militar. Abordagem, busca e identificação. Manual de prática policial nº 1. Belo Horizonte, 1981.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2005.

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MUNIZ, Jaqueline. PROENÇA JR, Domício. Uso da força e ostensividade na ação policial. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~bacp/artigos/muniz006.htm>. Acesso em: 02 mar 2013.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 31ª ed. ver. e amp. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2009.

NASSARO, Luis Franco. A busca Pessoal Preventiva e a Busca Pessoal Processual. Revista A Força Policial. São Paulo nº 45, jan/fev/mar. 2005.

NASSARO, Luis Franco. Abordagem Policial: busca pessoal e direitos humanos. Revista JusNavegandi, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/autor/adilson-luis-franco-nassar>. Acessado em 05/07/13.

NETO, Diogo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. Estado, regulação social e controle democrático. In Política social e democracia. Maria Inês Souza Bravo e Potyara Amazoneida Pereira (Orgs.). São Paulo: Êxitos Corte. Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

PINC, Tânia. Abordagem Policial. Um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. Revista Brasileira de Segurança pública. Ano 1. Ed. 2. São Paulo, 2007.

RAMOS, Silva e MUSUMECI, Leonarda. Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2005.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REINER, Robert. A Política da polícia. 3ª Ed. São Paulo: Edusp, 2000.

ROCHA, Marilene Souza Pantoja da. Chacina do Paar: dimensões do poder no universo policial. Tese de Mestrado em Antropologia. Belém: UFPA, 2007.

RUSSEL, Bertrand. História do pensamento ocidental. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Levar baculejo é legal? Busca pessoal na Persecução Penal. Jus navigandi, Teresina, ano 10, n.880, 30 nov 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7636/levar-baculejo-e-legal>. Acessado em: 06 jun 13.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do poder moderador; ensaio de direito constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição Política Brasileira. Editora Universidade de Brasília, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Silvio José de & CARVALHO, Antônio de. Indivíduo suspeito. São Paulo: Centro de formação de Soldados da Polícia Militar "Cel PM Eduardo Assumpção", 1998.p.2.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 2º Vol. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.