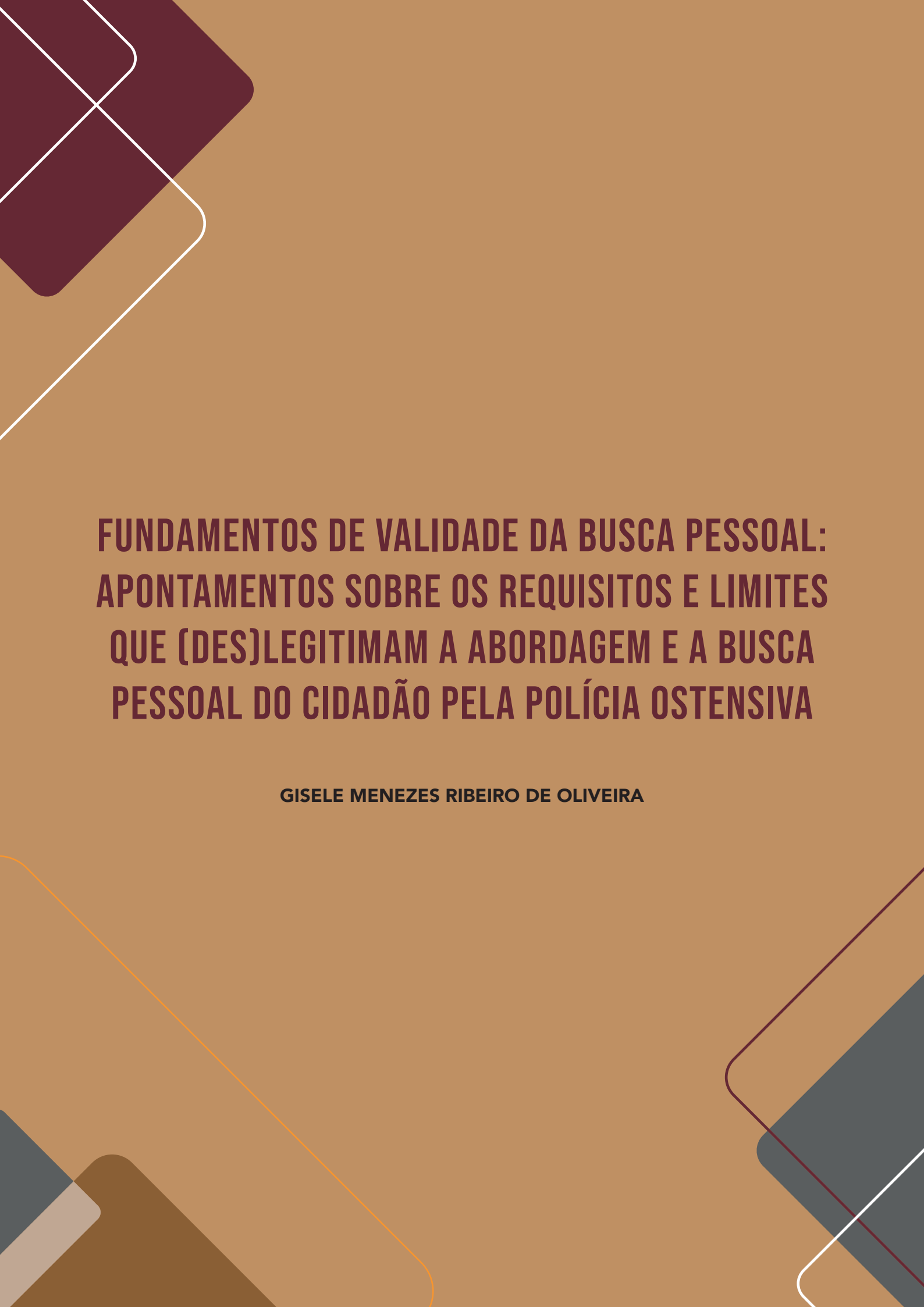




FUNDAMENTOS DE VALIDADE DA BUSCA PESSOAL: APONTAMENTOS SOBRE OS REQUISITOS E LIMITES QUE (DES)LEGITIMAM A ABORDAGEM E A BUSCA PESSOAL DO CIDADÃO PELA POLÍCIA OSTENSIVA

GISELE MENEZES RIBEIRO DE OLIVEIRA

FUNDAMENTOS DE VALIDADE DA BUSCA PESSOAL: APONTAMENTOS SOBRE OS REQUISITOS E LIMITES QUE (DES)LEGITIMAM A ABORDAGEM E A BUSCA PESSOAL DO CIDADÃO PELA POLÍCIA OSTENSIVA

GISELE MENEZES RIBEIRO DE OLIVEIRA

PROFESSOR ORIENTADOR: DOUGLAS FISCHER

RESUMO: O presente trabalho buscou, por meio de raciocínio dedutivo-dialético e de investigação hermenêutica, verificar os fundamentos de validade da busca pessoal realizada durante o policiamento preventivo/ostensivo que culmine na atribuição de crime ao cidadão abordado, levando-se em conta o exercício do poder de polícia e a caracterização da fundada suspeita, bem como o direito fundamental à segurança pública e o dever de prestação eficiente do Estado. Para tanto, analisou as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, contrapondo-as, com base na doutrina aplicável ao caso, de modo a aferir os requisitos e os limites para legitimar a abordagem e a busca pessoal realizada em via pública, evitando, assim, que se privilegie, excessivamente, os direitos de defesa, em prejuízo do dever de prestação eficiente do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo Penal Integral – Segurança Pública – Direitos Fundamentais – Busca Pessoal – Policiamento Ostensivo – Poder de Polícia – Fundada Suspeita – Proteção Eficiente.

ABSTRACT: This paper through deductive-dialectical reasoning and hermeneutic investigation, to verify the foundations of validity of the personal search carried out during the preventive/ostensive policing that culminates in the attribution of a crime to the citizen approached, taking into account the exercise of police power and the characterization of the well-founded suspicion, as well as the fundamental right to public security and the duty of efficient provision of the State. To this end, it analyzed the decisions rendered by the Superior Courts, contrasting them with each other and with the doctrine applicable to the case, in order to assess the requirements and limits to legitimize the approach and the personal search carried out on a public road, thus avoiding that the rights of defense are excessively privileged, to the detriment of the State's duty of efficient provision.

KEYWORDS: Comprehensive Criminal Guarantee – Public Security – Fundamental Rights – Personal Search – Overt Policing – Police Power – Founded Suspicion – Efficient Protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

CPP – Código Processual Penal CR – Constituição da República CTB – Código de Trânsito Brasileiro PM – Polícia Militar
STF – Supremo Tribunal Federal STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE QUADROS:

Quadro 1 - Resistência pelo uso da força contínua e níveis de resposta

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	133
2 - GARANTISMO PENAL: BREVES APONTAMENTOS.....	133
3 - PODER DE POLÍCIA.....	136
3.1 - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
3.2 - CARACTERÍSTICAS E CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PODER DE POLÍCIA	
4 - BUSCA PESSOAL	139
4.1 - BUSCA E APREENSÃO	
4.2 - BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA	
4.3 - BUSCA PESSOAL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	141
5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	144
REFERÊNCIAS	145

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional, que possui como um de seus fundamentos a “dignidade da pessoa humana” e como alguns de seus objetivos fundamentais a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” e a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ademais, reveste-se de um caráter garantista e traz, em todo o seu corpo, direitos e garantias, de ordem individual e coletiva, instituindo, também, deveres que subsidiam a atuação de particulares e do Estado visando ao alcance desses ideais.

Os princípios constitucionais, que estão distribuídos em todo o seu texto, a par de serem fundamento de validade da atuação do Estado, seja positiva, seja negativamente, não raro entram em conflito no caso concreto.

E, por se tratar de normas de mesmo *status* jurídico, a resolução do conflito deve passar por um processo hermenêutico devidamente orientado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a definição de qual deverá preponderar no caso concreto.

Neste artigo, analisam-se a abordagem policial e a validade da busca pessoal realizada durante o policiamento preventivo/ostensivo que culmine na atribuição de crime ao cidadão abordado, levando-se em conta o exercício do poder de polícia e a caracterização da fundada suspeita.

O objetivo geral é verificar os fundamentos de validade da busca pessoal realizada nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal (CPP)¹, contrapondo- os àquela realizada durante a atividade preventiva dos agentes de segurança no exercício do poder de polícia, analisando-se seus pontos de convergência e divergência, bem como os requisitos e limites para legitimá-la em ambas as situações.

A partir de análise multidisciplinar que converge princípios e institutos próprios do Direito Constitucional, Administrativo e Processual Penal, com a adoção de vertente metodológica jurídico-dogmática, busca-se apresentar a interpretação

mais adequada ao tema, por meio do raciocínio dedutivo-dialético e de investigação hermenêutica, com estudo de doutrina, legislação e jurisprudência. Isso com fulcro na visão integral do garantismo penal, adotado como marco teórico deste trabalho; a pesquisa segue com a identificação de possíveis distorções e caminhos para saná-las, passando pela análise dos limites inerentes ao controle judicial dos atos discricionários, seja sobre os juízos de conveniência e oportunidade de sua atuação, seja pela compreensão do que seria a fundada suspeita aferida no caso concreto.

2 - GARANTISMO PENAL: BREVES APOSTAMENTOS

A ideia de garantismo, como modelo de direito que visa garantir direitos subjetivos, possui diversas facetas e se estrutura de forma específica em relação a cada uma delas.

Nesse sentido, tem-se o garantismo patrimonial, cunhado como um sistema de garantias à propriedade; o garantismo liberal, focado na defesa de direitos e liberdades pessoais, e o garantismo social, cunhado como um conjunto de garantias voltado à satisfação de direitos sociais e coletivos.

O garantismo penal aparece como uma dessas facetas e surge como “oposição às legislações fascistas que debilitaram o sistema de garantias contra o arbítrio do Estado” (FERRAJOLI, 2006, p. 10).

Desenvolvido por Luigi Ferrajoli, o garantismo penal teve como marco inicial a proteção dos direitos fundamentais individuais. Todavia, não se resume a isso. No Brasil, após um considerável período sob as garras do autoritarismo,

em que se deram inúmeras violações de garantias e de direitos humanos, a Constituição da República de 1988 inaugurou nova ordem constitucional, de caráter garantista, em que se consagraram, como cláusula pétrea, diversos direitos individuais visando afastar o arbítrio do Estado. Além disso, assegurou diversos direitos sociais e transindividuais, dotando-os de relevância e carga principiológica, cuja implementação exige do Estado, muitas vezes, uma atuação positiva.

¹ Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

O garantismo, pois, pode ser compreendido em diferentes acepções: como modelo normativo de direito, de cunho político e jurídico; como fundamento teórico de validade e efetividade de normas jurídicas e, ainda, como filosofia política.

Essas três acepções reunidas revelam:

[...] o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade (FISCHER, 2017, p. 65).

Com efeito, a compreensão do garantismo como paradigma teórico geral sujeita o Estado e os particulares não apenas à observância dos direitos fundamentais individuais ou coletivos, como também aos deveres fundamentais previstos na Constituição, de modo a evitar a formação de poderes absolutos.

En este sentido, el garantismo és sinônimo de estado constitucional de derecho, es decir, de um sistema que recoge el paradigma clásico de estado liberal, extendiendolo em dos direcciones: de um lado, a todos los poderes, no sólo al judicial también a los privados; de outro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los Sociales, com el consiguiente surgimento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública. (FERRAJOLI, 2006, p.18).²

Nesse sentido, é preciso fazer uma interpretação sistêmica dos princípios e regras e dos valores constitucionais de modo a estabelecer, no âmbito penal (e processual penal), uma imunidade contra o arbítrio do Estado, mas que não se traduza em impunidade, como adverte Douglas Fischer.

É dizer, ao mesmo tempo em que compete ao Estado a observância de direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão, ele deve garantir à coletividade a eficiência e a segurança, devendo agir para evitar condutas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, bem como proceder à devida apuração do ato ilícito e à punição do responsável (FISCHER, 2017).

Vale lembrar que a Constituição consagra outros direitos, coletivos e sociais, e até deveres fundamentados em princípios e valores que não

podem ser deixados de lado, sob o risco de gerar uma “desproteção sistêmica”, ao atribuir ao Estado a exigência de não fazer em detrimento da sua obrigação de agir para punir, adequadamente, os criminosos e resguardar a ordem jurídica violada (FISCHER, 2017, p. 62-63).

Nesse contexto, a possibilidade de relativização de direitos e garantias individuais em prol da eficiente proteção do Estado a outros direitos igualmente garantidos pela Constituição foi expressamente reconhecida pelo STF, no julgamento do RE n. 971.959/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, quando declarou constitucional o crime descrito no art. 305 do CTB. Na oportunidade, foi firmada a seguinte tese:

A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade (BRASIL, 2016).

No referido julgado, assentou-se que:

[...] a persecução penal, pela sua natureza, admite a relativização de direitos nas hipóteses de justificável tensão (e aparente colisão) entre o dever do Poder Público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis e as esferas de liberdade e/ou intimidade daquele que se encontre na posição de suspeito ou acusado (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Para a Corte, a ponderação dos valores em conflito deve atender ao princípio da proporcionalidade a ser aferido com base na (i) necessidade de restrição da liberdade do indivíduo frente à coletividade; (ii) idoneidade ou adequação do meio empregado; e (iii) valoração comparativa entre o objetivo estatal e o meio proposto, como proporcionalidade estrita.

Vale destacar, a respeito, os ensinamentos de Humberto Ávila, que, ao trabalhar a **proporcionalidade**, destaca que se trata de postulado que revela uma relação de causalidade entre meio e fim, na qual se observa a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito, dos meios utilizados para o alcance de determinado fim.

2 “Nesse sentido, a garantia é sinônimo de Estado de Direito constitucional, ou seja, de um sistema que inclui o paradigma clássico do Estado Liberal, estendendo-o em duas direções: de um lado, a todos os poderes, não só o Judiciário, mas também os privados; por outro lado, a todos os direitos, não só os de liberdade, mas também os direitos sociais, com o consequente surgimento de obrigações, bem como proibições, para a esfera pública.” (Tradução de Marina Gascón).

Em suas palavras:

[...] O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um fim e um meio, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o de **adequação** (o meio promove o fim?), o da **necessidade** (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do[s] direito[s] fundamental[is] afetado[s]?) e o da **proporcionalidade em sentido estrito** (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2009, p. 163-164, grifo nosso).

Além disso, ao falar sobre ponderação de princípios, o autor se refere à **razoabilidade**, a qual ele aborda sob três enfoques: (i) como equidade, (ii) como congruência e (iii) como equivalência e resume a sua aplicabilidade da seguinte forma:

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, **a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral**. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação entre duas grandezas. (ÁVILA, 2009, p. 154, grifo nosso).

Assim, quando, no julgado em tela, o STF assesta que o legislador pode conferir preponderância a outros princípios igualmente importantes para a sociedade, como a “higidez da Administração da Justiça” e a “efetividade da persecução penal”, deixando sua efetivação à análise do contexto em que a conduta se insere, o faz com fulcro na razoabilidade como instrumento de equidade, de modo a justificar o afastamento da valoração absoluta de uma garantia individual, como da não autoincriminação.

É o que também ocorre com a segurança pública, que se traduz em direito transindividual

constitucionalmente garantido, concebido como um dos deveres primordiais do Estado, a ser viabilizado, sob o aspecto da polícia preventiva/ostensiva, através do poder de polícia, o qual Fischer considera direito fundamental de todo cidadão.

O autor assinala ser inviável a fruição da liberdade em sua maior expressão, se não houver a “correspondente – e eficaz – segurança, tanto a jurídica como a pública” (FISCHER, 2019, p. 145).

Destaca, ainda, que:

Sendo imperativo constitucional (art. 144, caput, CF/88; e art. 124, CE/RS), cumpre ora referir que o dever de garantir segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros (segurança pública *lato sensu*), mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição (efetiva e eficaz) do responsável (segurança efetiva dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente). (FISCHER, 2019, p. 149- 150).

Explica que se trata de garantismo positivo o dever de proteção imposto ao Estado para, quando for necessário e adequado, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos com o objetivo de garantir, ao máximo, a segurança e a valorização dos direitos fundamentais individuais sob uma ótica coletiva.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 106.163, de 6 de março de 2012, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deixou claro que “os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbot*)” (BRASIL, 2012), de modo a expressar, também, um postulado de proteção.

Não obstante, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça baseadas em uma visão restrita do garantismo penal (pelo prisma exclusivo dos investigados/processados) vêm impondo limitações excessivas ao exercício da atividade policial (e, por isso, desproporcional), causando o seu esvaziamento e, conseqüentemente, a violação ao direito à segurança pública, na medida em que acarretam uma prestação jurisdicional deficiente que frustra as expectativas sociais de justiça.

Em razão disso, urge reforçar esse olhar mais amplo do garantismo penal como substrato teórico a fundamentar a atuação policial, de modo a conciliar os direitos do réu com a atividade típica de Estado, que visa resguardar o direito constitucionalmente garantido à segurança pública.

Assim, permite-se que, no caso concreto, liberdades sejam afastadas, quando presentes as circunstâncias legais, de modo a privilegiar outros direitos igualmente garantidos pela Constituição.

3 - PODER DE POLÍCIA

Tradicionalmente, diz-se que a função administrativa do Estado se submete a um regime jurídico próprio, regido por dois princípios-chaves: a **supremacia do interesse público sobre o interesse particular** e a **indisponibilidade do interesse público**, dos quais decorreriam os demais princípios expostos na Constituição da República, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e aqueles extraídos da legislação infraconstitucional pertinente.

3.1 - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção tradicional dos princípios supracitados, no entanto, vem sendo objeto de releituras e, atualmente, na doutrina, existem vozes que questionam a compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a nova ordem constitucional, bem como sobre o alcance da dicotomia com o interesse particular.

Humberto Ávila, por exemplo, propõe uma releitura do princípio da supremacia do interesse público, para afirmar que não se trata, rigorosamente, de um princípio jurídico ou norma-princípio, abstrato, mas de “‘regras condicionais concretas de prevalência’ (variáveis segundo o contexto)” (ÁVILA, 2007, p. 28-29).

O autor, por isso, remete à necessidade de **ponderação** do interesse público, dos interesses privados em jogo e à medida de sua restrição para que se permita a “máxima realização dos direitos envolvidos”, como “critério decisivo para a atuação administrativa.”

Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta para explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. [...] (ÁVILA, 2007, p. 29).

Marçal Justen Filho, por sua vez, questiona a fluidez do conceito de interesse público, sobretudo quando é utilizado para justificar “arbitrariedades ofensivas à democracia e aos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 36).

Nesse contexto, o autor ressalta que não se pode confundir interesse público com interesse do Estado ou do agente público, tampouco delinear-lo como interesse da maioria, em descon-sideração aos interesses das minorias. E conclui que, como são muitos os interesses públicos, os quais não podem ser definidos com precisão, não poderiam servir de pilar para o Direito Administrativo, de modo que a atuação do Estado deveria ser orientada não pelo princípio da supremacia do interesse público, mas pela **máxima concretização dos direitos fundamentais**, sejam eles de ordem individual ou transindividual.

Sobre a questão, é de grande pertinência o conceito elaborado pela Professora Alice Gonzalez Borges:

O interesse público que serve de base ao direito administrativo é o interesse primário, que corresponde à **realização dos superiores interesses de toda a coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição**.

[...]

A noção de interesse público não se contrapõe aos interesses individuais dos integrantes da sociedade. Bem ao contrário, somente se tem um verdadeiro interesse público, no exato sentido jurídico do termo, quando representa um verdadeiro somatório dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações. O verdadeiro

interesse público é indissociável dos interesses que o compõem. (BORGES, 2011, p. 21-22, grifo nosso).

Gustavo Binenbojm, ao discorrer sobre o tema, defende a convalidação do princípio da legalidade em juridicidade administrativa, em que o fundamento de atuação da Administração Pública deixa de ser a lei para migrar para o sistema de princípios insculpidos no diploma constitucional; destaca, ainda, a importância da interpretação conforme a Constituição para legitimar a atuação do Estado. Assim, esta, em sua supremacia, propicia uma releitura dos institutos e estruturas administrativas (BINENBOJM, 2008, p. 68-69).

Binenbojm destaca que os direitos fundamentais, sob a dimensão subjetiva, possuem concepção clássica, como direito de defesa para proteção do particular contra ingerências do poder público; mas, também, se apresentam como direitos a prestações positivas do Estado, seja no âmbito normativo, seja na adoção de medidas concretas para materializá-los.

Além disso, modernamente, se apresentariam como direitos à organização e ao procedimento, cuja realização depende tanto de providências estatais, no que se refere à estrutura organizacional do Estado, como de natureza normativa, como são as garantias processuais insculpidas na Constituição.

Sob a dimensão objetiva, assinala o autor, os direitos fundamentais passam a ser vistos como princípios concretizadores de valores em si, que devem se protegidos e incentivados, cuja principal decorrência é o surgimento dos chamados deveres de proteção do Estado, que visam condutas positivas deste tanto para não permitir que terceiros os violem quanto para promover o direito fundamental de forma a dar-lhe alcance máximo (BINENBOJM, 2008, p. 74/75).

Do disposto, extrai-se que o princípio da supremacia do interesse público não justifica, por si só, a atuação prevalente do poder público, mas deve ser compreendido, conforme os princípios insculpidos na Constituição, sobretudo no que se refere à dignidade da pessoa humana, cuja observância passa pela proteção e concretização dos direitos fundamentais, os quais possuem dimensões individual e coletiva, subjetiva e objetiva, não apenas para limitar a atuação estatal, mas para impor-lhe **deveres de agir**, visando à promoção ao máximo desses direitos.

O interesse público, nesse contexto, deve ser visto como um reflexo dos interesses e aspirações dos indivíduos, considerando-se a máxima efetividade e alcance dos direitos fundamentais a eles subjacentes.

Igualmente, tendo a Constituição listado os princípios fundamentais da Administração Pública, estes devem nortear a sua atuação, dando-lhe meios e impondo limitação em benefício dos direitos dos cidadãos. Daí decorrem as prerrogativas e as sujeições da Administração Pública.

Neste trabalho, sem perder de vista as premissas abordadas, interessa-nos a análise das prerrogativas reveladas por meio dos poderes da Administração, os quais são imprescindíveis para a persecução do interesse público.

Conceituam-se, nas palavras de Fernanda Marinela, como um "conjunto de prerrogativas ou competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação da supremacia do interesse público e a realização do bem comum" (MARINELA, 2013, p. 215).

Vale destacar, nesse aspecto, que o exercício do poder pelo administrador não é mera faculdade, mas um dever quando caracterizado o interesse público, que é **indisponível**, sobretudo quando objetiva a concretização de direitos fundamentais através de atuação positiva do Estado.

No que se refere ao grau de liberdade de atuação do administrador, os poderes podem ser vinculados, em que não há espaço para a emissão de juízo de valor nem análise de conveniência e oportunidade, e discricionários, quando o agente tem a liberdade de atuar com base em juízo de conveniência e oportunidade, observando-se a ponderação proporcional e razoável entre os diferentes bens e interesses jurídicos.

São, pois, quatro os poderes da Administração, a saber: o poder regulamentar, o poder hierárquico, o poder disciplinar e o poder de polícia.

Firmadas essas premissas, cumpre analisar mais detidamente o poder de polícia, suas características e aplicabilidade prática, de modo a subsidiar a análise jurisprudencial que se pretende realizar neste trabalho.

3.2 - CARACTERÍSTICAS E CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia está diretamente relacionado com os direitos inerentes à liberdade e à propriedade, na medida em que confere ao administrador prerrogativas para condicionar, restringir e obstá-los em prol da coletividade.

Sua definição legal se encontra no art. 78 do Código Tributário Nacional³, mas, no âmbito administrativo, encontra fundamentos para o seu exercício no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, refletindo um caráter negativo, em que o poder público limita a atuação do particular visando evitar um dano à coletividade. Pode ser **preventivo**, **repressivo** ou **fiscalizador** e possui como atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, conforme corrente defendida por nomes como Maria Sylvia Zanella di Pietro e Hely Lopes Meireles.

A **discricionariedade**, por óbvio, não se trata de uma liberdade ampla e irrestrita do administrador. Como assevera Florivaldo Dutra de Araújo, ela não surge de um “vazio legal”, mas é uma “liberdade conferida pela lei” (ARAÚJO, 2006, p. 85).

Ou seja, se encontra abarcada pelo ordenamento jurídico, sendo limitada pelas normas condicionantes da liberdade e da propriedade, bem como pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também não se trata de atributo absoluto do poder de polícia, já que, em alguns casos, essa atuação pode ser vinculada.

Já o atributo da **autoexecutoriedade** confere à Administração a possibilidade de promover a execução dos atos de polícia diretamente, **sem** necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário.

Por fim, a **coercibilidade** aparece como terceiro atributo que “torna o ato obrigatório independentemente da vontade do administrado”

(MARINELA, 2013, p. 236). Em que pese tal fato, os atos de polícia também estão sujeitos a controle tanto pela própria Administração, quanto pelo Poder Judiciário.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do controle judicial dos atos administrativos discricionários, defende que o Judiciário pode averiguar se o ato praticado observou os limites delineados em um “quadro de legitimidade”, que reflete a “relação lógica entre o atendimento de um interesse e a idoneidade das medidas tomadas para atendê-lo” (MELLO, 1983, p. 11-12).

Em regra, **não pode** o magistrado **substituir o juízo de mérito** do administrador sobre a conveniência e a oportunidade do ato, exceto quando se mostrar manifestamente descabido ou importar na inércia e omissão do Estado na proteção de direitos consagrados na Constituição⁴. Ademais, leciona o autor, compete a quem alega o ônus de provar que o ato, no caso concreto, não atingiu o interesse pretendido pela norma jurídica.

Florivaldo Dutra de Araújo diferencia motivo de motivação do ato administrativo para, então, avaliar como se dá o seu controle pelo Poder Judiciário, especialmente no que se refere ao ato discricionário⁵.

Segundo ele, todo ato, inclusive o discricionário, pode ser levado à apreciação do Judiciário, que poderá examinar “todo o ato, em seus requisitos, em seu conteúdo e em sua forma” (ARAÚJO, 2006, p. 133).

Não obstante, o autor alerta que é vedado ao juiz apreciar qualquer aspecto em que se reflete a discricionariedade, já que a opção do administrador está previamente amparada na lei que o autorizou. Nesse sentido, se, por acaso, o juiz constatar que a opção adotada fugia àquelas resguardadas pela lei, ele deve anular o ato. Mas, de modo algum, poderá substituir a Administração na escolha do ato que o suprirá.

3 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 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. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)
Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

4 Vide Suspensão da Liminar n. 235/TO, relatoria Min. Gilmar Mendes. DJe-143 DIVULG 01/08/2008 PUBLI 04/08/2008.

5 O autor adota o termo motivação de forma apartada do termo motivo, usando-o para designar a manifestação dos pressupostos fáticos que embasam a produção do ato como também para explicitar todos os elementos inerentes à legalidade e à finalidade do ato, capazes de justificá-lo (ARAÚJO, 2006, p. 90).

No que se refere à análise de conceitos indeterminados, o autor defende que compete ao administrador, através da **motivação do ato**, demonstrar as circunstâncias fáticas que justificaram a atuação do agente público competente, de modo a sustentar a sua razoabilidade e a sua validade perante a ordem jurídica.

Feitas tais considerações, se analisará, com base nelas, (i) a atuação da polícia preventiva; (ii) o alcance do termo “fundada suspeita” e a aplicabilidade do tirocínio policial como motivação de buscas pessoais; e (iii) os limites do controle judicial nesses casos.

4 - BUSCA PESSOAL

O termo prova deriva do latim *probo* e reflete a ideia de verificação, exame ou conformação. No processo, prova pode ser entendida como atividade probatória, como resultado e como meio. Interessa, neste momento, a primeira concepção, que traduz o conjunto de atividades que se propõem a demonstrar a verdade dos fatos relevantes para o julgamento.

Nesse sentido, deriva diretamente do direito de ação e se reveste de garantia às partes de poder utilizar todos os meios lícitos para comprovar suas alegações e influenciar no convencimento do juiz. Trata-se de um direito que, contudo, não possui caráter absoluto e deve observância aos direitos fundamentais e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

No processo penal, diferencia-se provas de elementos informativos; as provas são as produzidas mediante contraditório, com participação de todas as partes; já os elementos de informação (informativos) não necessariamente são produzidos mediante observância do contraditório. Porém seu valor probante é reconhecido de forma subsidiária e complementar à prova produzida em contraditório, embora não possam servir de fundamento exclusivo de uma decisão.

Algumas provas, no entanto, em razão de sua natureza, por serem não repetíveis ou diante da necessidade do elemento surpresa, têm o contraditório diferido ou postergado, resguardando, contudo, sua validade quando produzidas seguindo os preceitos legais.

4.1 - BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão, apesar de inserida no capítulo de provas do Código de Processo Penal – CPP, trata-se, na verdade, de meio de obtenção da prova, ou seja, de uma atividade cujo objetivo é conseguir provas.

São duas situações distintas e que não se confundem.

A **busca** é a diligência que visa encontrar pessoas e objetos, enquanto a **apreensão** consiste na medida de constrição que coloca determinada coisa ou pessoa sob custódia do Estado.

Prevista no art. 242 do CPP, a busca pode ser de ofício ou a pedido das partes, pessoal ou domiciliar e pode ser determinada pela autoridade policial ou judiciária.

A busca domiciliar, por se tratar de medida a ser realizada dentro da “casa”, asilo inviolável, nos termos do art. 5º, inciso XI, da CR/88, deve ser autorizada previamente pela autoridade judiciária competente, salvo nos casos de flagrante delito, cuja exceção está prevista constitucionalmente.

A inobservância das condições legalmente previstas para o exercício da busca domiciliar torna ilícita a prova apreendida, por ser fruto do arbítrio estatal e pelo desrespeito a direitos e garantias fundamentais.

A seu turno, a busca pessoal se procede quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma ou qualquer objeto ilícito, proveniente de crime ou utilizado na prática de ilícitos.

Por óbvio, quando a busca pessoal se dá no contexto de busca domiciliar, devem ser aplicadas as mesmas premissas para sua validade. Não obstante, é possível que a busca pessoal ocorra em via pública pela polícia preventiva – cuja atuação deve estar justificada na suspeita de prática de ilícito – que, imbuída do poder de polícia e do dever de garantir a segurança pública, realiza a abordagem e a busca de transeuntes.

4.2 - BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA

A busca pessoal, cujo fundamento legal está no art. 244-B, independe de mandado ou prévia autorização judicial.

Leciona Renato Brasileiro de Lima:

A busca pessoal de natureza processual penal será determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro elemento de convicção. (LIMA, 2011, p. 1.044).

Na oportunidade, o autor destaca posicionamento do STF ao interpretar em que consistiria a fundada suspeita: o agente não pode se valer de parâmetros apenas subjetivos, ele deve se valer da presença de elementos concretos que justifiquem a revista, sob o risco de cometer excessos característicos do abuso de poder.

Nestor Távora, por sua vez, ao tratar sobre o assunto, assinala que a fundada suspeita deve residir em **elemento sólido e plausível**, que justifica a medida (TÁVORA, 2010, p. 443).

Fato é que a ausência de uma definição legal acerca do que consiste a fundada suspeita deixa ampla margem de interpretação, campo em que recai a discricionariedade do agente público responsável pela abordagem.

Com efeito, a abordagem policial tem **papel fundamental** na atividade da polícia preventiva, no cumprimento de sua missão constitucional. Nesse contexto, embora, em tese, todos os cidadãos possam ser alvo de uma abordagem policial, esta escolha leva em consideração critérios prévios de suspeição, os quais podem ser de ordem subjetiva ou objetiva, recaindo sobre a aparência física, atitude, local, horário e circunstâncias precedentes indiciárias, nos termos do art. 239 do CPP.

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. (BRASIL, 1941).

Durante este tipo de abordagem, as tensões sociais e pessoais entre o agente público e o cidadão alvo são inevitáveis. Por conseguinte, enseja o uso da força, que varia de comandos verbais a resposta letal, o que deve ser graduado de forma proporcional à resistência do abordado.

Para socorrer os agentes militares, os manuais de atuação e os treinamentos a que se sujeitam trazem balizas para a definição de comportamentos suspeitos, tipos de ameaças e respostas possíveis para cada uma delas.

Tânia Maria Pinc Luciano trouxe, em sua dissertação de Mestrado, um quadro balizador do uso da força, o qual se reproduz a seguir.

Quadro 1 – Resistência pelo uso da força contínua e níveis de resposta

Nível de resistência do suspeito	Nível de controle da força usada pelo policial
1 Presença do suspeito	1 Posição de abordagem
2 Resistência verbal	2 Comando verbal
3 Resistência passiva	3 Técnicas de condução de preso
4 Resistência defensiva	4 Agentes químicos
5 Resistência física ativa	5 Táticas física l outras armas
6 Uso de arma de fogo e força letal	6 Uso de arma de fogo e força letal

Fonte: Luciano, 2007, p. 14.

Além disso, a autora destacou o entendimento da Polícia Militar do Estado de São Paulo sobre a definição de **atitude suspeita**:

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 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. (LUCIANO, 2007, p. 33-34).

É fato que a atuação arbitrária do agente policial viola os direitos humanos, razão por que a atuação policial deve estar adstrita aos princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade e da conveniência.

Entrementes, não se pode ignorar o fato de que a compreensão das circunstâncias que autorizam a abordagem policial e a busca pessoal é **resultado da leitura de momento balizada com a experiência e o treinamento havido pelo agente**, o qual, no exercício do poder de polícia, pode entender presente a fundada suspeita. Nesse ínterim, deve-se ter em vista que o agente público é detentor de fé pública, cuja declaração goza da presunção de veracidade.

Assim, para a desconstituição do ato oriundo da abordagem e da busca pessoal, é necessária prova suficiente para afastar tal presunção, a qual deverá recair sobre os elementos antecedentes e a forma como se procedeu, de modo a aferir se foram observadas a legitimidade do agente e os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na forma de execução do ato.

Igualmente, por se tratar de mérito administrativo, deve haver limites à análise do Poder Judiciário quanto à fundada suspeita, por se tratar de juízo emitido pelo agente público por ocasião da abordagem, que não deve ser simplesmente substituído pelo juiz, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

4.3 - BUSCA PESSOAL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Poucos não foram os casos em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou as provas obti-

das em buscas pessoais oriundas de abordagens, vindo a estabelecer uma série de restrições para validá-las.

No **aspecto subjetivo**, no julgamento do HC n. 830.530/SP, de 27 de setembro de 2023, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento quanto à ilegitimidade da abordagem procedida por agentes da Guarda Municipal, exceto quando patente o flagrante delito, por força do disposto no art. 301 do CPP⁶ ou quando o fato estiver diretamente ligado com a proteção do patrimônio público municipal.

O argumento utilizado é que, apesar de compor as forças de segurança, a Guarda Municipal não possui atribuições constitucionais de policiamento ostensivo, como é o caso da Polícia Militar, nem de investigação judiciária, como se dá com a Polícia Civil.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, alargou as possibilidades de abordagem pela Guarda Municipal para alcançar não apenas as situações de flagrância explícita, mas também aquelas em que os elementos probatórios mínimos indiquem a ocorrência de situação flagrante, retirando, pois, da justa causa, a exigência de certeza da ocorrência de delito, de modo a ser suficientes as fundadas razões a respeito⁷.

Entretanto, no que se refere ao aspecto **objetivo**, a referida Corte vinha numa sequência de julgamentos em que aplicava uma interpretação extremamente restritiva em relação àquilo que poderia caracterizar a fundada suspeita, o que culminou na invalidação de várias abordagens policiais, algumas das quais resultaram em grandes apreensões. Tais entendimentos geraram, por assim dizer, um esvaziamento da atividade policial.

Exemplo disso é o entendimento explanado no julgamento do RHC n. 158.580/BA, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, de 19 de abril de 2022, no bojo do qual foram adotados os critérios abaixo elencados para a caracterização da fundada suspeita.

O primeiro ponto de destaque do referido julgado recai sobre a necessidade de que a fundada suspeita ou justa causa para a abordagem decorra

⁶ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

⁷ RE 1.469.862/SP, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18 de dezembro de 2023. RE 1472727 / SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 17 de abril de 2024.

de circunstâncias e indícios que possam ser objetivamente aferidas no caso concreto.

Além disso, exige uma vinculação à presença de armas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, afastando, pois, abordagens genéricas com finalidade ostensiva.

Na oportunidade, afastou a validade de operações originadas de denúncias anônimas ou decorrentes de “intuições e/ou impressões subjetivas”, conhecidas como tirocínio policial, em relação à classificação de determinada atitude ou aparência ou, ainda, de certa reação, como empreender fuga, ou expressão corporal tida como nervosa.

Nesses casos, mesmo que localizado material ilícito na posse do cidadão abordado, entendeu o STJ tratar-se de prova ilícita.

Como fundamentos para a fixação dos referidos *standards*, a Corte Superior lista a necessidade de se evitar o uso excessivo das abordagens policiais, que culminariam com a violação dos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e liberdade, além de garantir a sindicabilidade da abordagem *a posteriori* e, por fim, evitar a repetição de práticas que reproduzem a discriminação estrutural intrínseca na sociedade.

Não se nega que o racismo é latente na sociedade brasileira e que a atuação policial atinge grande parte dessa população. Mas, salvo melhor juízo, esse alcance tem muito mais relação com a **situação de maior vulnerabilidade social** decorrente da ausência do Estado a que estão submetidos do que, necessariamente, relacionado com a cor da pele. Isso porque, por se encontrarem marginalizadas e aquém das políticas públicas do Estado, as camadas mais pobres acabam sendo mais suscetíveis ao aliciamento pelo crime. Na prática, tal situação atinge negros, brancos e outras etnias que se encontrem sob as mesmas condições de vulnerabilidade social.

A mudança de cenário, pois, implica muito mais em adoção de políticas públicas eficazes, especialmente voltadas ao resgate da cidadania e da dignidade dos indivíduos que compõem esse grupo social, especialmente no que se refere à implementação de direitos básicos, como educação, saúde, saneamento básico, oportuni-

des de trabalho, entre outros, do que no engessamento da atuação policial.

Afinal, é na ausência do Estado que se expande o poder paralelo, e é nesse contexto que se formam grupos/facções rivais que, não raro, se embrenham em disputas por territórios, incrementando a violência e exigindo uma presença mais incisiva da polícia em determinados locais.

É bem verdade que a atuação policial constante em determinada localidade faz com que os policiais conheçam os criminosos que ali atuam, bem como os diferencie dos demais moradores da região. Nesse contexto, quando afasta a legitimidade de abordagens cujo início se deu a partir de intuições ou impressões dos policiais, de ordem subjetiva ou não, o STJ desconsidera todo o treinamento e a experiência policial pretérita, embora, não se negue, reclame melhorias.

Por outro lado, também é verdade que alguns agentes podem distorcer o seu papel, tornando-se fiscais do autor e não do fato, o que justifica o entendimento do STJ.

Então, como garantir que não haja excesso nas abordagens, que seja possível a sindicabilidade *a posteriori* e que se evite a repetição de práticas racistas sem anular os mecanismos inerentes à atuação policial?

Um dos primeiros passos já foi dado pelo próprio STJ quando limitou a atuação da Guarda Municipal, a quem não foi dada competência para atuar no policiamento ostensivo de **maneira geral**, de modo que é assertiva a restrição das hipóteses do art. 301 do CPP⁸.

Quanto à **garantia da sindicabilidade a posteriori** e visando evitar abordagens baseadas apenas na cor da pele ou classe social, é necessária a intensificação dos treinamentos das polícias, com a orientação dos agentes a analisar, no caso concreto, se os elementos fáticos, aliados ao seu “tirocínio policial”, são razoáveis e proporcionais a subsidiar a violação à liberdade e à intimidade do abordado. Deve o agente policial descrever cuidadosamente no registro da ocorrência, de maneira clara e objetiva, as circunstâncias e as atitudes que geraram a suspeita do indivíduo.

⁸ Art. 301 Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

O importante é que a experiência do policial, que está diariamente nas ruas, é diferente da percepção do magistrado que se depara tão somente com o fato descrito em um papel.

Além disso, no calor do momento, uma troca de olhares pode ser suficiente para aguçar a suspeição de um indivíduo, sobretudo quando já há informação pretérita da prática de crime. Destarte, não se pode, simplesmente, anular as provas decorrentes de eventual busca pessoal, sobretudo quando observados os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Afinal, não compete ao Judiciário se imiscuir no exercício da atuação policial, substituindo o juízo de valor do policial pelo do juiz; pode o Poder Judiciário anular o ato tão somente se demonstrado, de forma cabal, que a atuação se deu contrariamente ao ordenamento jurídico, o que deve ser analisado caso a caso.

Nesse contexto, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que determinados comportamentos, como nervosismo, mudança brusca de direção, fuga e o evitamento de contato visual podem, em determinado contexto, ensejar sim a suspeição hábil a justificar a abordagem policial.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC 229.514/PE, datado de 28/08/2023, destacou que “se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial haverá um sério comprometimento do exercício da segurança pública” (BRASIL, 2023).

Nesse diapasão, sobrevieram decisões do STF reformando julgados do STJ para reconhecer a legitimidade das abordagens e buscas realizadas pela polícia ostensiva, validando as provas delas decorrentes, como a decisão recém-proferida nos autos do Agravo Regimental no RHC nº 235.568, sessão virtual de 16.02.2024 a 23.02.2024, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 3. **Tentar fugir, ao avistar viatura, e reagir, objetivamente, de modo próprio e conhecido pela ciência aplica-**

da à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública. 4. Agravo improvido. (BRASIL, 2024, grifo nosso).

Na ocasião, o eminente Ministro deixou claro que a Constituição, ao lado de direitos e garantias fundamentais individuais, impôs ao Estado o dever de assegurar a segurança pública e punir, a contento, os criminosos. Confira:

Com efeito, a Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, contraditório e inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. É dizer: o policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é um dever constitucional. Os suspeitos têm direito a um sistema penal democrático e a um processo penal justo, ao tempo em que a sociedade tem direito a viver com tranquilidade nas vias públicas. [...] (ibidem, 2024).

Igualmente, atento à necessidade de se valorizar a experiência policial, alertou que:

[...] se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos (objetivos) suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública (ibidem, 2024).

Esse movimento da Suprema Corte brasileira vem forçando o STJ a rever seu posicionamento e já é possível vislumbrar decisões como aquela proferida nos autos do AgRg no HC 873.039/SP, em 15.12.2023, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em que se reconhece a validade das provas angariadas após busca pessoal do suspeito, cuja abordagem se deu ante a mudança brusca de seu comportamento, ao abaixar a cabeça e evitar o contato visual com os policiais, com o objetivo de evitar a interceptação.

No que se refere às **operações originadas de informações anônimas**, também se mostra equivocado o entendimento do STJ que simplesmente afasta a sua legitimidade.

A prática demonstra que os policiais passam a contar, na área em que atuam, com colaboradores “anônimos”⁹, que repassam tais informações. Assim, uma vez que se trata de dever legal do policial averiguar a notícia de crime que chega

⁹ Populares que pedem para não ser identificados por receio de represálias.

até ele, é um contrassenso simplesmente anular as provas dela decorrentes, pura e simplesmente, porque são de origem anônima.

Em vez de anulá-las, melhor seria exigir a realização de diligências prévias que forneçam outros elementos indiciários os quais reforcem a informação outrora trazida, viabilizando, assim, o exercício do dever constitucional da polícia preventiva. Vale lembrar que não se está tratando de busca domiciliar, cujas exigências constitucionais são mais rígidas, em virtude da garantia de inviolabilidade do domicílio, conforme decidido pelo STF no julgamento do Tema n. 280, mas da busca pessoal realizada em **via pública**, local em que, por sua própria natureza, o interesse público deve preponderar à satisfação particular.

Como se vê, a criação de óbices rígidos à atuação policial não tem o condão de resolver as distorções do sistema. Pelo contrário, a prevalência do excesso do direito de defesa gera a insuficiência da proteção estatal, que deve partir inclusive (senão, primordialmente) do Poder Judiciário.

[...] O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros (como se isso fosse possível!), mas também (segundo pensamos) **na devida apuração** (com respeito aos direitos dos investigados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável consoante abordado (e fundamentado) à luz das denominadas obrigações processuais positivas. (FISCHER, 2019, p. 155, grifo nosso).

Todos esses pontos, frise-se, devem ser averiguados no caso concreto, haja vista a fluidez inerente à matéria, de modo a ser aplicada, de forma proporcional e razoável, a solução jurídica mais adequada.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição da República de 1988, cujo caráter garantista é expressado por meio de direitos e garantias de ordem individual e coletiva, bem como através de deveres impostos a particulares e ao Estado visando o alcance desses ideais, tem-se na proporcionalidade e na razoabilidade, esta vista como instrumento de equidade, mecanismos importantes que determinam que as circunstâncias do caso concreto é que devem ser

consideradas para análise da presunção de que se está dentro da normalidade.

Assim, em caso de conflito entre direitos e garantias fundamentais do indivíduo com aqueles inerentes à sociedade e à preservação do interesse público, é preciso atentar-se às circunstâncias do caso concreto, cuidando para que, ao se privilegiar os primeiros, não se acarrete, com o decorrer do tempo, em violação dos demais, tornando **deficiente** a proteção constitucional que lhes são garantidas, e vice-versa.

É fato que, após um considerável período sob as garras do autoritarismo, em que se viram inúmeras violações de garantias e de direitos humanos, a Constituição da República de 1988 consagrou como cláusula pétrea diversos direitos individuais visando afastar o arbítrio do Estado.

No processo penal, tais garantias são rigorosamente aplicadas em favor do réu, que passa a ter um leque de instrumentos para resguardar seus direitos.

Não se pode olvidar, contudo, que a segurança pública é direito transindividual igualmente garantido pela Constituição, traduzindo-se, ainda, como um dos deveres primordiais do Estado e direito fundamental do cidadão, cuja concretização passa pela atuação ostensiva da polícia preventiva.

Afinal, de que adianta ao Estado atuar somente quando a ordem pública é violada?

Eventual sucesso na repressão das condutas criminosas não afasta o fato

de que a perturbação da paz social já se implementou e a sensação de insegurança do grupo social atingido se torna fortemente presente, especialmente quando a resposta do Estado não é realizada a contento. Isso porque o sistema penal brasileiro é permeado de falhas que tornam a resposta do Estado muitas vezes insuficiente ao restabelecimento da ordem social outrora violada, seja pela demora em que é prestada, seja pela sua incompletude e ineficácia.

Daí a relevância da polícia preventiva, que, mediante o policiamento ostensivo, previsto no art. 144, §5º, da CR, visa garantir a ordem pública, bem como evitar a ocorrência de práticas delitivas, sendo a abordagem policial uma de suas ferramentas mais difundidas. Esta, por sua

vez, tem seu exercício legitimado pelo poder de polícia, cujos atributos são a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a discricionariedade.

É o que ocorre, por exemplo, quando uma diligência visa uma coletividade indiscriminada, como a blitz de trânsito ou em eventos com grandes multidões, casos em que não há a necessidade da caracterização de fundada suspeita para ser realizada.

Nesses casos, a diligência é discricionária e está alicerçada na supremacia do interesse público a ser tutelado pelo Estado, de modo que somente se o agente policial se deparar com um crime é que haverá a mudança na natureza da busca, oportunidade em que as regras aplicáveis migrarão para o campo processual penal.

Contudo, tal mudança não é motivo para desnaturar os atos anteriormente realizados sob a égide dos Direitos Administrativo e Constitucional, quando ultimados de forma proporcional e razoável, dentro dos parâmetros legais.

Outra situação é aquela em que os policiais, durante o policiamento ostensivo, já se deparam com circunstâncias indicativas de crime e, após analisá-las com fulcro no conhecimento oriundo de seu treinamento e da experiência de campo, entende estar caracterizada a “fundada suspeita” exigida pelo art. 244 do CPP. Mesmo nesse caso é possível valer-se dos atributos do poder de polícia para legitimar a busca pessoal, embora tal exercício deva estar alinhado com os requisitos exigidos pela lei processual penal.

Nesse contexto, é louvável a tentativa de se dar mais segurança jurídica ao delimitar o que vem a ser fundada suspeita. Entretanto, o estabelecimento de **standards rígidos**, como fez o Superior Tribunal de Justiça, retira da polícia ostensiva uma de suas principais armas de atuação no caso concreto, já que a experiência e o chamado “tirocínio policial”, muitas vezes, permitem a intervenção a tempo e a contento para evitar a prática de crime.

O argumento do STJ de que tais limitações se prestam a evitar a perpetuação do racismo estrutural na sociedade é válido, mas não resolve o problema que se pretende combater, limitando-se apenas a engessar a atuação policial e **tornar deficiente a prestação jurisdicional do Estado**.

O estabelecimento de um quadro rígido de situações que legitimam ou não a abordagem policial e a busca pessoal, em vez de trazer a almejada segurança jurídica, apenas privilegiará o autor de crimes, que se valerá disso para se manter às margens da atuação policial, o que aumentará a sensação de impunidade, deixando a sociedade cada vez mais fragilizada.

Por isso a relevância da atuação do Supremo Tribunal Federal, que, ao se manifestar sobre o tema, vem reformando decisões proferidas pelo STJ, reconhecendo como fundada suspeita a fuga do indivíduo ao avistar os policiais, bem como o comportamento do agente que apresenta nervosismo imotivado na rua ou em situações de praxe, como decorrentes de uma blitz policial, de modo a privilegiar a atuação policial em prol de uma proteção mais assertiva do Estado dos interesses da coletividade, como reflexo da sua obrigação positiva de agir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: **Temas de direito administrativo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

ARAÚJO, Júlio César Rodrigues de. **Abordagem policial**: conduta ética e legal. Monografia apresentada ao Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais e à Secretaria Nacional de Segurança Pública/SENASP, 2008. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/Publicacoes/AbordagemPolicial.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2024.

ASSIS, José Wilson Gomes de. **Operações tipo blitz e buscas pessoais coletivas**: as ações preventivas da Polícia Militar e a sua legalidade. Disponível em: jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/operacoesblitz.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 27 abr. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiro, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 1º nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 873.039/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12.12.2023. **Diário do Judiciário**, 15 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 830.530/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 27/09/2023. **Diário do Judiciário eletrônico**, 4 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 158.580/BA. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 19/4/2022. **Diário do Judiciário eletrônico**, 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RHC 235.568/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Sessão virtual de 16/02/2024 a 23/02/2024. **Diário do Judiciário**, 1º mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106.163, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Decisão de 06/03/2012. **Diário do Judiciário**, 14 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 227.823 AgR, Relator(a): Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 22/08/2023, DJe-s/n Divulgação 27-09-2023. **Diário do Judiciário**, 28 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 971.959/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Repercussão geral reconhecida. Tema n° 907. 5 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 229.514/PE. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Decisão de 28/08/2023. **Diário do Judiciário**, 31 ago. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo Penal**. In: **Colección Lecturas**

Jurídicas. Série Estudos Jurídicos, número 34. Traducción de Marina Gáscon e Maurício Martinez. Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Derecho: México, 2006, pp. 05-27. Disponível no link: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=MSmFuwC48mEC&oi=fnd&pg=PA3&dq=GARANTISMO+PENAL+FERRAJOLI&ots=IPapeEURZA&sig=9hG3dVIOJH0I8Sv7BaFs1p8EU8g&redir_esc=y#v=onepage&q=GARANTISMO%20PENAL%20FERRAJOLI&f=false> Acesso em: 07 de maio de 2024.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas. O dirigismo constitucional e o direito fundamental à Segurança Pública: aspectos jurídicos e fáticos. **Revista Eletrônica do TCE-RS**. Edição Especial 30 anos da Constituição Estadual, em 2019. Disponível em https://tcers.tc.br/repo/escola/biblioteca/revistas_eletronicas/REVISTA-ELETRONICA-TCERS-2017-07.pdf. Acesso em: 27 abr. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAZZARINI, Álvaro. Limites do poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, 198, p. 69-83, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v198.1994.46412>. Acesso em: 22 jul. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume I. Niterói: Impetus, 2011.

LUCIANO, Tânia Maria Pinc. **O uso da força não letal pela polícia nos encontros com o público**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. doi:10.11606/D.8.2007.tde-28052007-151500. Acesso em: 13 fev. 2024.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. 1983. **Revista de Direito Administrativo**, 1983. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 22 jul. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2010.