

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO – FADIR**

GUILHERME DURANT DOS REIS LOPES

**A LEGALIDADE DAS ABORDAGENS POLICIAIS E O
CERCEAMENTO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO**

Campo Grande, MS

2024

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

GUILHERME DURANT DOS REIS LOPES

**A LEGALIDADE DAS ABORDAGENS POLICIAIS E O
CERCEAMENTO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Caio Dalbert Cunha de Avellar.

Campo Grande, MS

2024



Serviço Público Federal
Ministério da Educação
Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul



ATA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE DIREITO

Aos vinte e dois dias do mês de novembro de dois mil e vinte e quatro, às nove horas e trinta minutos, realizou-se virtualmente através da plataforma Google Meet, ID da reunião: <https://meet.google.com/znp-ybcv-uvy>, a sessão pública da Banca Examinadora de Defesa de TCC, para conclusão do Curso de Direito, intitulada “A LEGALIDADE DAS ABORDAGENS POLICIAIS E O CERCEAMENTO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO”, apresentada pelo(a) acadêmico(a) Guilherme Durant dos Reis Lopes, RGA: 2022.2002.078-6, para obtenção do título de Bacharel em Direito. A Banca Examinadora, composta pelos membros Caio Dalbert Cunha de Avellar, Presidente; Andrea Flores, membro; Tchoya Gardenal Fina do Nascimento, membro; procedeu à arguição pública do(a) candidato(a), estando o(a) acadêmico(a):

(x) APROVADO(A) () APROVADO(A) COM RESSALVAS ()
REPROVADO(A)

Proclamado o resultado pelo presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos, dos quais, para constar, foi conferida e assinada a presente Ata pelos membros da Banca Examinadora e pelo(a) acadêmico(a).

Caio Dalbert Cunha de Avellar
(Presidente)

Andrea Flores
(Membro)

Tchoya Gardenal Fina do Nascimento
(Membro)

Guilherme Durant dos Reis Lopes
(Acadêmico(a))

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Caio Dalbert Cunha de Avellar, Membro de Comissão**, em 28/11/2024, às 10:39, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Andrea Flores, Professora do Magistério Superior**, em 28/11/2024, às 14:49, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme Durant dos Reis Lopes, Usuário Externo**, em 02/12/2024, às 15:37, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

NOTA
MÁXIMA
NO MEC

UFMS
É 10!!!



Documento assinado eletronicamente por **Tchoya Gardenal Fina do Nascimento, Professora do Magistério Superior**, em 03/12/2024, às 15:05, conforme horário oficial de Mato Grosso do Sul, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufms.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **5230239** e o código CRC **5439A30C**.

FACULDADE DE DIREITO

Av Costa e Silva, s/nº - Cidade Universitária

Fone: (67) 3345-7145 / 3345-7251

CEP 79070-900 - Campo Grande - MS

Aos meus colegas e amigos da Segurança Pública, que se aventuram e se deparam com as mazelas da sociedade, todavia, mantêm suas cabeças erguidas. Aos que não importam a situação, seguem com suas crenças inabaláveis, apesar do mar de incertezas que os assolam.

Aqueles que se encontram em desespero, mas ainda rogam por uma sociedade justa e igualitária, e principalmente pacífica, onde seus filhos e netos possam crescer com segurança. Aos policiais que desistiram, aqueles que infelizmente não viram a luz no fim do túnel, que suas almas sejam confortadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente aos meus pais, Ademilton Santos Lopes e Mariselma Durant dos Reis, os quais foram os meus pontos de apoio nos pontos mais baixos e mais altos de minha vida. Eles foram os guias para minha formação. Que, independente do que aconteça, sempre poderei voltar ao meu lar. Obrigado, mãe e pai.

Não posso deixar de mencionar meus queridos amigos, que assistiram toda minha jornada pelo ensino superior. Agradeço a Yasmin Alves Pereira, por aguentar meus momentos de mau humor e minhas reclamações, ao Leonan Ferreira Mendes de Carvalho, por ser uma das pessoas mais incríveis que já conheci e por sempre estar lá quando precisei. Que a distância não seja um empecilho para nossa amizade.

Ao Petterson Durant Vareiro, meu primo e família, que estive lá observando minhas dificuldades e me aturando diariamente. Às minhas avós, Cleuza e Tereza, por sempre me receberem com carinho, apesar da minha ausência.

Aos meus tios e tias, com suas piadas engraçadinhas, mas sempre com um toque de carinho e amor. Por fim, as instituições que formaram meu caráter. A Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, por proporcionar a oportunidade e a honra de trabalhar em suas fileiras, com especial zelo à Corregedoria Geral da PMMS, que me recebeu de forma tão calorosa.

A Universidade de Mato Grosso do Sul, por ser o berço de meu conhecimento, cuja passagem foi desafiadora, mas extremamente enriquecedora.

“Não espere senão duas coisas do Estado: Liberdade e Segurança, e ter bem claro que não se poderia pedir mais uma terceira coisa, sob o risco de perder as outras duas.” Frederic Bastiat.

RESUMO

Este trabalho tem em vista fazer uma breve introdução ao garantismo de Luigi Ferrajoli, assim como analisar as críticas quanto à sua aplicação no âmbito brasileiro. Se procederá uma breve passagem pelos direitos abordados neste projeto, como o direito à liberdade e à Segurança Pública. Por conseguinte, se fará uma análise dos fundamentos legais que embasam as abordagens policiais, os aspectos administrativos ou processuais, bem como os requisitos dos artigos 240 a 244 do Código de Processo Penal, com especial enfoque no termo “fundada suspeita”, termo este que causa inúmeras controvérsias no âmbito do direito. Por fim, para conclusão do conteúdo apresentado, far-se-á uma breve análise sob uma ótica garantista do julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se considerou ilegal a busca pessoal ou veicular, sem mandado judicial, motivada apenas pela impressão subjetiva da polícia sobre a aparência ou atitude suspeita do indivíduo. Este julgado também será posto em contraste com a recente jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a essencialidade das abordagens para a Segurança Pública. Para a confecção desta pesquisa, foi utilizado o levantamento bibliográfico e documental, a partir de uma análise qualitativa, onde através do método dedutivo, buscou-se concluir sobre o alinhamento do Judiciário sobre tal polêmico termo.

Palavras-chave: Abordagens Policiais; Garantismo Integral; Direito de locomoção; Fundada Suspeita.

ABSTRACT

This work aims to provide a brief introduction to Luigi Ferrajoli's guaranteeism, as well as to analyze the criticisms regarding its application in the Brazilian context. A brief overview of the rights addressed in this project, such as the right to freedom and Public Security, will be presented. Subsequently, an analysis of the legal foundations that underpin police approaches, administrative or procedural aspects, as well as the requirements of Articles 240 to 244 of the Code of Criminal Procedure, with special emphasis on the term “founded suspicion”, a term that causes numerous controversies in the field of law, will be conducted. Finally, to conclude the presented content, a brief analysis will be made from a guarantee perspective of the ruling by the Sixth Chamber of the Superior Court of Justice, which deemed illegal the personal or vehicle search, without a judicial warrant, motivated solely by the police's subjective impression of the individual's appearance or suspicious behavior. This ruling will also be contrasted with the recent jurisprudence of the Second Chamber of the Federal Supreme Court, which recognized the essentiality of approaches for Public Security. For the preparation of this research, a bibliographical and documentary survey was used, based on a qualitative analysis, where through the deductive method, an attempt was made to conclude about the Judiciary's alignment on such a controversial term.

Keywords: Police Approaches; Full Guarantee; Right of movement; Suspicion founded.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR-EDv Embargo de Divergência no Recurso Extraordinário

Art. Artigo

BA Bahia

CADH Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CF Constituição Federal

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

HC Habeas Corpus

Inc. Inciso

Jul. Julgamento

Min. Ministro

MS Mato Grosso do Sul

PE Pernambuco

PEC Proposta de Emenda à Constituição

Pub. Publicação

Rel. Relator

RHC Recurso em Habeas Corpus

SC Santa Catarina

SP São Paulo

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A GÊNESE GARANTISTA	15
1.1 Garantismo penal integral e o princípio da proporcionalidade.....	21
1.2 Garantismo Hiperbólico Monocular	24
2 DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA PÚBLICA	28
2.1 Direito de liberdade no âmbito internacional	30
2.1.1 A Revolução Inglesa	30
2.1.2 Revolução Americana	31
2.1.3 Revolução Francesa.....	32
2.1.4 No Brasil	32
2.2 Direito de Locomoção	34
2.3 Exceções.....	35
2.4 Direito social à Segurança Pública.....	37
2.5 Choque de Direitos	39
3 ABORDAGEM POLICIAL	43
3.1.1 Poder de Polícia e Poder das Polícias	45
3.1.2 Abuso de Poder e Abuso de Autoridade	48
3.2 Busca pessoal	51
3.3 Fundada Suspeita	57
3.4 Fundadas Razões e ingresso em domicílio.....	61
4 STANDARD PROBATORIO E A LEGITIMIDADE DAS ABORDAGENS POLICIAIS	66
4.1 Precedentes judiciais	69
4.2 Além da Busca Processual	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

Uma ação desagradável, diga-se de passagem, a ação denominada “abordagem” nas instituições policiais é constantemente objeto de polêmica pelos veículos midiáticos. Compreensível de fato, pois poucos são os que agradeceriam por ter seus direitos cerceados e sua intimidade violada.

Apesar de tudo, a abordagem se iguala a um remédio amargo, difícil de tomar, mas necessário. Se o remédio auxilia na manutenção do bem-estar do ser humano, as abordagens buscam a preservação e a manutenção da ordem pública.

Porém, sua figura é frequentemente questionada tanto no âmbito internacional quanto no âmbito nacional. Repetidamente são visualizados casos e casos das famosas “abordagens policiais” em que são cometidos excessos, seja o uso da violência física ou outras arbitrariedades. Estes casos são danosos à imagem dos profissionais de segurança pública, gerando uma opinião cada vez mais negativa ou até mesmo hostil da sociedade, podendo até mesmo prejudicar o exercício rotineiro da atividade policial.

Situações de tensão que diversas vezes evoluem para atos de violência são comumente vistas. O chamado poder de uso da força legítima, concedido pelo Estado aos seus profissionais de segurança pública, é um preceito constitucionalmente previsto. Em outra faceta, quando o mesmo diverge de sua competência, atuando arbitrariamente, excessivamente violento, é o momento em que a violência que outrora era legitimada se torna truculenta e repreensível.

Ademais, todos estão sujeitos a abordagem policial, tratando-se de uma realidade próxima ao cidadão, em que qualquer um pode ser alvo de uma possível situação de abordagem. Por conseguinte, estas configuram uma parte essencial do policiamento ostensivo e preventivo.

O Art. 244 do CPP, figura polêmica que se traduz em uma ação em que é realizada a busca sobre o corpo do indivíduo, roupas, veículos e outros itens pessoais se necessário, é o principal objeto de estudo do presente trabalho.

É evidente que a busca pessoal impõe restrições a direitos individuais, como o direito de locomoção (Art. 5, XV, CF/88), como um desdobramento do direito à liberdade, ou o direito à intimidade e à vida privada (Art. 5, XV, CF/88).

Por outro ponto de vista, é inegável o conflito de interesse. Se tanto os cidadãos têm direitos a serem preservados, a sociedade na totalidade tem direito à segurança, a andar com tranquilidade nas vias públicas, a se sentirem seguros, sabendo que o estado está cumprindo seu dever constitucional de proteger e zelar pelo bem maior.

Tratado no Art. 240, § 2 do Código de Processo Penal, como um dos fundamentos a busca pessoal, o termo “fundada suspeita” se caracteriza como um requisito subjetivo para a realização deste, mas há de comentar que o legislador, ao confeccionar o artigo citado, não se preocupou em definir os critérios para a caracterização deste.

O presente trabalho busca, mediante um estudo detalhado e minucioso, discorrer sobre os aspectos legais das abordagens, assim como esclarecer o polêmico termo “fundada suspeita” que até a atualidade é alvo de controvérsias no judiciário.

Vale salientar que a dicotomia entre a garantia de direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, e a Segurança Pública será constantemente analisada e desenvolvida no decorrer deste projeto.

Para exemplificação do conteúdo abordado nesta pesquisa, buscando demonstrar e discorrer as controversas do judiciário sobre este polêmico termo, serão abordados os seguintes julgados para a realização do comparativo: Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 158580/BA, Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça; Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 229514/PE, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Dando maior explicação, no julgado do STJ, alega o ministro que a simples “intuição policial” ou denúncias não são suficientes para ser realizada a busca pessoal do cidadão, por carecerem de fundamentos objetivos e concretos. Apesar de terem sido de fato encontrados objetos ilícitos no caso em questão, isso não convalida a abordagem que se realizou de forma arbitrária, gerando o trancamento da ação penal.

Entrando na via contrária, no recente julgado do STF, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o policiamento preventivo e ostensivo (e subsequentes abordagens) constituem um dever constitucional do estado. Indo além, atos como fugir ao avistar a viatura, pular muros, gesticular como quem segura algo na cintura, atitudes não estranhas à atividade e ciência policial, justificam a busca pessoal.

Com base no que foi dito até o momento, a presente pesquisa possui os seguintes objetivos: (i) discorrer sobre a Teoria Geral do Garantismo, bem como o Garantismo Integral e eventuais críticas quando sua aplicação em âmbito brasileiro; (ii) descrever os direitos abordados neste presente trabalho, e, por meio deste, fazer um comparativo para fornecer uma base para o assunto discutido; (iii) analisar os fundamentos legais que embasam as abordagens policiais e destacar os principais pontos que podem caracterizar possíveis ilegalidades; (iv) analisar e discorrer sobre o HC n.º 158.580, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como outras jurisprudências sobre o assunto, sempre buscando elucidar o atual entendimento dos tribunais superiores; (v) comentar sobre eventuais críticas quanto a atual corrente jurisprudencial; (vi) por fim, dar o devido encerramento, buscando solucionar e destrinchar possivelmente o termo apresentado, consoante ao entendimento doutrinário e jurídico deste termo.

No primeiro capítulo, será abordado o garantismo no Brasil, bem como os principais doutrinadores responsáveis por sua formação, a Constituição como figura central na formação do Estado, e a subsequente constitucionalização do processo penal. Será dado especial enfoque ao chamado Garantismo Hiperbólico Monocular e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, o direito à liberdade e seu desdobramento no direito de locomoção serão colocados em pauta, com explicações sobre seu surgimento, conceito, embasamento legal, dentre outros. Em outra via, será abordado o contraste ao direito à segurança pública, pondo em xeque liberdade e garantias individuais com direitos coletivos.

Dando prosseguimento ao terceiro capítulo, será realizada a conexão entre o direito e a abordagem policial como hipótese de cerceamento provisório. Ademais, este será destrinchado, com a análise de aspectos como seu conceito, fundamentos legais e, logo após, a consequente progressão ao ponto central da pesquisa.

Como ponto central, busca-se analisar o Art. 240, que disciplina a busca pessoal, e esclarecer o termo “fundado suspeita” de acordo com fontes como a legislação, jurisprudência, doutrinas, artigos, monografias, dentre outros.

Para encerramento, o capítulo final realizará a análise dos precedentes judiciais quanto ao assunto abordado. Por conseguinte, se buscará a visão crítica de outros autores quanto ao objeto de polêmica abordado.

A presente pesquisa far-se-á por meio do método dedutivo. De forma sucinta, este método pode ser conceituado como uma cadeia de raciocínio, que se inicia como uma análise de forma geral, e que afunila em direção a um conhecimento específico. Tem como principal pilar o silogismo, que consiste em uma construção lógica, com base em mais de duas premissas, e que delas se retiram outra, logicamente implicada, ou em outras palavras, uma conclusão.

Quanto aos objetivos a serem alcançados, a pesquisa exploratória não busca uma resposta definitiva sobre o objeto, entretanto, esta tenta compreender mais aspectos sobre o tema, buscando, por meio de uma análise qualitativa, especificar mais o assunto.

Para elucidar, entende-se como análise qualitativa os procedimentos de pesquisa sobre objetos de estudo que contenham descrições e análises não numéricas de um determinado fenômeno, portanto, permite entender fatores mais subjetivos. No que tange ao levantamento de dados a serem usados, este trabalho tem em vista usar como base a pesquisa bibliográfica e documental como principais fontes.

1 A GÊNESE GARANTISTA

O uso da força legítima, como dito anteriormente, é concedido aos agentes de segurança pública pelo Estado. Sua legitimidade se consubstancia no Art. 144 da Constituição Federal, em que preceitua que a Segurança Pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos órgãos policiais.

Por conseguinte, a limitação do poder dos agentes estatais, já considerando a Segurança Pública, possui origem constitucional, sendo esta que estabelece as fronteiras de sua atuação, respeitando a dignidade humana em sua plenitude, seja o bem-estar físico, moral, dentre outros. Assim, segundo o autor Bonfim:

[...]nosso constituinte foi além, afirmando que o Brasil não é apenas Estado de Direito, mas Estado Democrático de Direito, isto é, não somente aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas no qual as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais apenas os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana[...] (Bonfim; Capez, p.116).

Portanto, ao legislar logo em seu Art. 1 que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana, ou em seu Art. 3, que dita em seu corpo que um dos principais objetivos é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esta presta um compromisso para aqueles sob sua tutela, uma efetiva exigência de preservação de direitos do homem, sem o qual a sociedade retornaria a barbárie.

Ao analisar a Constituição Federal, não restam dúvidas de que esta é Garantista, que assenta seus pilares em fundamentos como a cidadania e a dignidade da pessoa humana. O Garantismo, que advém do verbo “garantir”, significa assegurar ou tutelar algo. Luigi Ferrajoli, jurista e professor italiano, foi um dos principais precursores deste movimento.

Opondo-se aos recorrentes abusos estatais, o Iluminismo¹ no século XVIII lutou para diminuir as práticas arbitrárias advindas dos governos absolutistas. Seguindo a mesma filosofia,

¹ Os iluministas eram profundamente críticos do absolutismo, considerando que essa forma de governo, na verdade, era uma tirania. Lembrando que o absolutismo foi uma forma de governo marcada pela concentração do poder no monarca. Além disso, os regimes absolutistas possuíam sociedades estamentais, nas quais havia um grupo que gozava de inúmeros privilégios. [...] Além disso, os iluministas defendiam a necessidade de se combater (até certo ponto) os privilégios que existiam nas sociedades absolutistas. Defendiam a importância de estabelecer liberdades individuais, como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Defendiam também a ideia de igualdade jurídica, em que todos os homens seriam iguais perante a lei. (SILVA, Daniel Neves. “Iluminismo”; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/iluminismo.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2024).

Ferrajoli promoveu um debate sobre Direito e Moral, além de defender um direito mínimo e garantidor, buscando reduzir ao máximo as arbitrariedades estatais no que tange ao seu poder punitivo.

Foi na publicação da primeira edição de sua obra *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, na Itália, em 1989, que consagrou o autor como garantista criminal. O jurista destaca em sua obra três acepções do termo garantismo, na qual a primeira acepção:

Designa um modelo normativo de direito: especificamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do estado de direito, que no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de mínimo poder, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade, e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Consequentemente, é garantista todo sistema penal que se ajuste normativamente a tal modelo e que o satisfaça de maneira eficaz (Ferrajoli, 2000, p. 851–852, tradução nossa).²

Ademais, na mesma obra, outro trecho pode ser utilizado para melhor elucidação:

É importante destacar que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais - da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos - representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios - como chamou Hobbes - que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia (Ferrajoli, 2000, p.29–29, 2000, tradução nossa).³

Assunção (2006), em seu artigo “O garantismo no processo penal” tece comentários sobre a referida fala:

A acepção do termo garantismo, enquanto um modelo normativo de Direito, requer entendamos o “Estado de direito” como aquele que se submete a uma legalidade em sentido estrito (ou validade substancial) - o que Ferrajoli chama de “estrita legalidade”, por entender que este princípio exige da lei que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais.

A segunda acepção pode ser descrita como uma teoria jurídica de validade, da efetividade e da vigência das normas, que estabelece a diferença entre “ser” e “dever ser” no direito.

² designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidade, propio del estado de derecho, que en el la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

³ Se comprende que, así entendido, el <<garantismo>> no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos - representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos <<artifícios>> -como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.

Ademais, põe como centro a divergência entre modelos normativos (normalmente garantistas) e práticas operacionais (usualmente anti garantistas), “interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.” (Ferrajoli, 2002. p.684).

Por fim, na terceira acepção, o garantismo designa uma filosofia política. Neste sentido, a corrente garantista comporta uma filosofia do direito. Nas palavras de Assunção (2006):

Afirma a presença de uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, fato que permite a valoração do ordenamento, a partir da dicotomia ser e dever ser do direito, o que Ferrajoli chama de ponto de vista externo. Isso vale dizer que o ponto de vista externo equivale à assunção, para os fins de legitimação e da perda de legitimação ético-política do Direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Hamilton Ferraz e Patricia Bezé (2015, p.45) buscam conceituar de forma mais branda o garantismo, apesar da dificuldade de explicar completamente seu conceito:

De modo bastante amplo, pode-se dizer garantista todo sistema de pensamento – não só jurídico-penal, e nem apenas jurídico – voltado à minimização e contenção do poder do Estado, ao mesmo tempo, em que direcionado à maximização da liberdade e dos direitos fundamentais.

Essas três acepções formam o que Ferrajoli (2000, p. 853) chama de teoria geral do garantismo, consolidando sua tese: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Outrossim, Ferrajoli preconiza a existência de dez axiomas fundamentais (sob uma ótica penal) do Sistema Garantista, estes princípios definem o modelo garantista, ou de responsabilidade penal. Encontram-se elaborados com base no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e incorporam-se nos ordenamentos jurídicos, se traduzindo no Estado de direito propriamente dito. São eles:

- a) Nulla poena sine crimine; b) Nullum crimen sine lege; c) Nulla lex (poenalis) sine necessitate; d) Nulla necessitas sine injuria; e) Nulla injuria sine actione; f) Nulla actio sine culpa; g) Nulla culpa sine judicio; h) Nullum judicium sine accusatione; i) Nulla accusatio sine probatione, e j) Nulla probatio sine defensione (Ferrajoli, 2000, p. 93)

Traduzidos para o português, seriam estes: a) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; b) princípio da legalidade, no sentido lato ou

no sentido estrito; c) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; d) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; h), princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusação; i) princípio do ônus da prova ou da verificação; e j) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

De forma mais detalhada (Ferrajoli, 2000, p. 93-97), o Princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido é um princípio cujo estabelece que a pena deve ser uma consequência direta do delito cometido, ou seja, o castigo só pode ocorrer após a infração. Ferrajoli destaca a necessidade do Direito Penal, contrariando as visões abolicionistas que pregam a eliminação desse ramo do direito. O garantismo penal, segundo ele, é justamente a negação do abolicionismo, por reconhecer a necessidade de sanções penais, desde que aplicadas de forma justa e proporcional.

O Princípio da legalidade: Segundo este princípio, uma pessoa só pode ser condenada e penalizada se houver uma lei prévia que descreva de maneira clara e específica a conduta como criminosa. Isso significa que nenhuma pessoa pode ser punida por uma ação ou omissão que não esteja expressamente prevista em lei. Além disso, essa lei deve ser compatível com a Constituição, garantindo que as normas penais não violem direitos fundamentais.

Princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal: O Direito Penal deve ser utilizado como uma última medida, apenas quando for absolutamente necessário para a proteção de bens jurídicos importantes. Esse princípio reflete a ideia de que o Direito Penal é a “ultima ratio” (último recurso), ou seja, só deve ser acionado quando todas as outras formas de resolução de conflitos tenham se mostrado ineficazes. Isso tem em vista evitar o uso excessivo e desnecessário da punição criminal.

Princípio da lesividade ou da ofensividade do ato: para uma conduta ser considerada criminosa, ela deve não só estar prevista em lei, mas também causar um dano real ou perigo concreto a um bem jurídico protegido. Esse princípio proíbe a criminalização de comportamentos que não causem lesão ou ofensa a terceiros, mantendo o foco do Direito Penal na proteção de interesses relevantes para a sociedade. O bem jurídico deve ser claramente identificado e ter relevância constitucional.

Princípio da materialidade: Esse princípio, ainda que não explicitado no trecho fornecido, é uma base comum no pensamento garantista. Ele exige que o crime seja concretizado em um

fato material, ou seja, que haja evidências palpáveis da ocorrência do delito. A comprovação material do crime é essencial para uma condenação ser justa, evitando punições baseadas em presunções ou evidências frágeis.

Princípio da culpabilidade: A responsabilidade penal deve recair sobre quem efetivamente praticou o ato ilícito, e deve haver uma comprovação clara e segura da culpabilidade do acusado. O princípio da culpabilidade implica que a punição só pode ser imposta se for provado que o agente agiu com dolo ou culpa. Além disso, em situações de dúvida razoável sobre a responsabilidade do acusado, aplica-se o princípio “in dubio pro reo”, que orienta a decisão em favor do réu.

Princípio da jurisdicionalidade: Este princípio assegura que as penas de natureza criminal só podem ser impostas por uma autoridade judicial competente, respeitando as regras processuais estabelecidas pela Constituição. O devido processo legal é fundamental, garantindo que todas as etapas da aplicação da justiça penal sejam conduzidas com imparcialidade, por um juiz devidamente autorizado e que respeite os direitos do acusado.

Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação: segundo este princípio, o juiz deve ser uma figura imparcial, distinta da acusação, para assegurar um julgamento justo. No sistema acusatório, a função de acusar é separada da função de julgar, o que garante que o juiz não tenha nenhum interesse na condenação e decida o caso com base na prova apresentada, de forma neutra e objetiva.

Princípio do encargo da prova: Este princípio estabelece que o ônus da prova recai sobre a acusação, ou seja, é a acusação que deve provar a culpa do réu, e não o réu que deve provar sua inocência. Esse princípio protege o acusado contra condenações injustas, assegurando que nenhuma pessoa seja punida sem que sua culpa tenha sido demonstrada de forma inequívoca.

Princípio do contraditório: O princípio do contraditório garante ao réu o direito de conhecer as acusações que lhe são feitas e de se defender delas da forma mais ampla possível. Isso significa que o réu deve ter a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, questionar as provas apresentadas pela acusação e produzir suas próprias provas. Esse princípio é uma manifestação do direito ao devido processo legal, assegurando que o réu não seja submetido a um processo arbitrário ou injusto.

Em conclusão, preconiza Ferrajoli que:

O modelo garantista [...] apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o erro arbitrário ou criminal: segundo

este modelo, nenhuma imposição de pena é permitida sem a prática de um crime, sua previsão legal como crime, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos nocivos a terceiros, a natureza externa ou material da ação penal, a imputabilidade e culpa de seu autor e, ainda, a prova empírica trazida por uma acusação perante um juiz imparcial em processo público e contraditório com a defesa, através de procedimentos legalmente pré-estabelecidos (Ferrajoli, 2000, p. 103–104, tradução nossa).⁴

O garantismo, ou minimalismo, surgiu em meados dos anos 70, em um contexto de violações de direitos humanos, contrapondo uma legislação fascista na Itália e Espanha. Vale destacar que o período autoritário que envolvia a América Latina na época foi um grande motivador para a onda garantista que se seguiu.

Ferrajoli retirou o iluminismo das sombras e o adequou aos moldes de um constitucionalismo de matriz positiva. Apesar de adotar a teoria de minimização do sistema penal e do poder punitivo, ainda acredita nestes, afirmando que um mínimo de pena em casos extremos é necessário.

Por conseguinte, o autor, ainda que se aventure na seara do Direito Penal e Processual Penal, busca afastar o termo Garantismo Penal, como observado por parte do autor André Karam Trindade:

Ocorre que, ao contrário da leitura reducionista que predomina em terrae brasilis, Ferrajoli introduz o garantismo, apresentando seus três sentidos — (1) como modelo normativo, (2) como teoria do Direito e (3) como filosofia política —, e em seus livros subsequentes afirma, categoricamente, que seu trabalho não se limita à esfera do Direito (Processual) Penal, mas se aplica às demais áreas do conhecimento jurídico igualmente marcadas por uma crise estrutural das garantias que caracterizam o estado de direito.

(...)

Tanto é assim que o modelo garantista proposto inicialmente em *Diritto e Ragione* alcança sua formulação máxima, quase 20 anos depois, com a publicação de principal obra: *Principia Iuris: Teoria del Diritto e Della Democrazia* — já traduzido para o espanhol —, cuja leitura mostra-se imprescindível para uma devida compreensão das atuais democracias constitucionais (Trindade, 2013).

Portanto, tem-se que os direitos fundamentais são a base do Estado Democrático de Direito, e que a seara do Processo Penal é apenas mais uma de suas inúmeras faces, não se resumindo exclusivamente a este.

⁴ el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”.

1.1 Garantismo penal integral e o princípio da proporcionalidade.

Outros dois autores passíveis de citar são Raul Zaffaroni e Alessandro Baratta. O primeiro possui base internacionalista, foucaltiana e latino-americana. O mesmo lançou as bases de uma dogmática jurídico-penal, reconhecendo a deslegitimação do sistema penal, a legitimidade e a falência das funções atribuídas à pena.

Já Baratta constituiu um garantismo que articula a contenção do poder punitivo enquanto reafirma os direitos humanos, que apenas são exercidos em sua totalidade se contido o poder punitivo ao mínimo constitucional, legal e racional.

A expressão “garantismo positivo” pode ser visualizada pela primeira vez na fala de Alessandro Baratta em seu artigo “La política criminal y el derecho penal de la constitucion” nos seguintes termos:

Ampliar a perspectiva do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos significa também definir o garantismo não somente em sentido, como limite do sistema punitivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção frente ao Estado, senão como garantismo positivo. Isso significa a resposta às necessidades de segurança de todos os direitos, também dos de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não só daquela parte deles, que poderíamos denominar direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de determinadas pessoas. (...) a necessidade de segurança dos cidadãos não é somente uma necessidade de proteção da criminalidade e dos processos de criminalização. A segurança dos cidadãos corresponde à necessidade de estar e de sentir-se assegurados no exercício de todos os próprios direitos (2011, p. 57–58 *apud* Carvalho, 2022).

Indo além, Batista e Zaffaroni (2003, p. 129) trouxeram à tona a existência de um duplo garantismo. Consoante os autores, existe uma dimensão negativa, que atua como uma limitação ao poder punitivo estatal, e uma dimensão positiva, que se traduz em uma prestação de direitos de iniciativa estatal, em que “tal garantismo implicaria uma profunda mudança na política criminal, cuja orientação vertida para a eficiência deveria deslocar-se na direção da defesa de direito”.

Na concepção de garantismo positivo na visão de Lênio Streck, temos que:

[...] se de um lado há a proibição de excesso (Übermassverbot), de outro há a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, **o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.** Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão

da discriminação do aborto na Alemanha, problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal (Streck, 2004, p. 4, grifo nosso).

A visão de um duplo viés (negativo e positivo) se calca no neoconstitucionalismo⁵. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade estabelece os meandros constitucionais de atuação do poder público. Se por um lado, este princípio prega a vedação do excesso da atuação, por outro, é exatamente o mesmo que estabelece a proibição da proteção deficiente, que impede o legislador de renunciar o emprego do direito penal e seus efeitos protetores diante bens jurídicos de valor inestimável a manutenção da ordem pública. (Magalhães, 2010, p. 190).

Nas palavras do próprio Luigi Ferrajoli:

As garantias – não apenas as penais – são vínculos normativos adequados para assegurar a efetividade dos direitos subjetivos e, de forma mais geral, dos princípios axiológicos sancionados pelas leis. No direito penal, onde protegem a liberdade do cidadão frente a proibições indeterminadas e condenações arbitrárias, essas garantias consistem, sobretudo, como será visto, na estrita legalidade dos delitos e, na verdade, formal de sua investigação processual. No entanto, é evidente que, ao mudar os direitos fundamentais objeto de tutela, também mudam as técnicas normativas destinadas a garanti-los: **se aos direitos de liberdade (ou “direitos de”) correspondem garantias negativas, que consistem em limites ou proibições de agir, aos direitos sociais (ou “direitos a”) correspondem a garantias positivas, que consistem em obrigações de prestações individuais ou sociais.** Em todos os casos, a elaboração das garantias, ou seja, dos mecanismos institucionais destinados a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela ou na satisfação dos direitos, constitui a tarefa mais importante e difícil tanto de uma teoria quanto de uma política garantista do direito. Compreende-se que, assim entendido, o “garantismo” não tem nada a ver com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Pelo contrário, trata-se da proteção dos direitos fundamentais: **desde a vida até a liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos** – representando os valores, bens e interesses, materiais e pré-políticos, que fundamentam e justificam a existência daqueles “artifícios” – como chama Hobbes – que são o direito e o Estado, cujo usufruto por parte de todos constitui a base substancial da democracia (Ferrajoli, 2000, p. 28, grifo nosso, tradução nossa)⁶.

⁵ [...] o neoconstitucionalismo é uma nova interpretação do constitucionalismo. O constitucionalismo surge no contexto da Revolução Francesa e da Independência Norte Americana, com a elaboração da Constituição em ambos os países. No constitucionalismo, a Constituição tem menos importância que as leis e atribui-se um grande poder ao Legislativo. Ao Judiciário e ao Executivo cabia apenas aplicar as normas, sem a consideração de seus efeitos. (...) No neoconstitucionalismo, a Constituição tem duas funções principais: a limitação dos poderes do Estado e a previsão dos Direitos Fundamentais. Com a mudança do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário ganha um papel ativo nas decisões. Agora, aos juristas não cabe apenas a aplicação fria da lei, mas a interpretação desta à luz da Constituição e a fim de responder às demandas de uma sociedade plural. (LENZI, Tié. “Neoconstitucionalismo”; Significados. Disponível em: <https://www.significados.com.br/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 20 de agosto de 2024).

⁶ Las garantías -no sólo penales- son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes. En el derecho penal, donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y las condenas arbitrarias, las mismas consisten sobre todo, como se verá, en la estricta legalidad de los delitos y en la verdad formal de su investigación procesal. Pero es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predisuestas en garantía de los mismos: si a los derechos de libertad (<<o derechos de>>)

Em síntese, a junção dos postulados garantistas dá luz ao chamado garantismo integral. Este com um duplo viés (negativo e positivo), em que a face negativa se consubstancia em uma abstenção do Estado com a finalidade de preservar direitos, enquanto sua face positiva existe como contrapeso, relacionado ao dever estatal de tutelar os bens jurídicos socialmente relevantes.

Sua ação é pautada com base no princípio da proporcionalidade. Schmidt (2001, p.275) conceitua este princípio como um “vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada”. Já Maria Luiza Schafer Streck (2009, p.65) relata que:

[...] o princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximos e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.

Nesta mesma linha de raciocínio, o princípio da proporcionalidade pode ser subdividido em diversos subprincípios, que são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Prado (2011, p 173), no que tange a aplicação destes subprincípios, conclui que “uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.”

Se delongando um pouco mais no assunto, o conceito de adequação especifica que qualquer conduta estatal deve ser pautada com base exclusivamente na Constituição, enquanto o subprincípio da necessidade explicita que a medida não deve exceder os limites indispensáveis

corresponden garantías negativas consistentes en límites o prohibiciones de hacer, a los derechos sociales (<<o derechos a>>) corresponden garantías positivas consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales. En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que, así entendido, el ~garantismo no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos <<artificios>> -como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.

para a conservação do bem jurídico legitimado (Schmidt, 2001, p.275). Ademais, a proporcionalidade em sentido estrita, nas palavras de Maria Streck (2009, p. 68):

indicará se a medida adotada gera mais benefícios do que prejuízos, levando em conta o conjunto de direitos e bens colocados em jogo, de modo a verificar, por um lado, a intensidade da restrição a um direito fundamental e, em oposição, o nível de satisfação na realização de outro direito fundamental (que acaba restringindo a implementação do primeiro).

Em conclusão, percebe-se que este princípio vai além da mera adequação da aplicação da pena com o delito praticado, sendo apenas uma de suas inúmeras funções. A proporcionalidade possui um efeito regulador na aplicação dos demais princípios constitucionais, indo além da seara penal, assim definindo critérios de delimitação da relação meio-fim.

1.2 Garantismo Hiperbólico Monocular

O conteúdo apresentado até o momento se afunila em um dos pontos centrais deste trabalho acadêmico. Recapitulando, em síntese do que se encontra disposto, tem-se que a tese central que norteia a teoria geral do garantismo é a rígida observância dos direitos e deveres fundamentais constitucionalmente previstos.

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, não é este apenas baseado em direitos e prerrogativas individuais. Sob a ótica de Magalhães (2010, p. 186), a concepção de Direito Penal Liberal é vinculada ao período iluminista, levando em conta a concepção política, econômica e social vigente na época, entretanto, o mesmo ressalta que atualmente o Direito Penal tem, em suas palavras, “sob sua indelegável responsabilidade, a tutela de novos valores e interesses jurídicos decorrentes do mundo contemporâneo, em especial os titulados pela coletividade, destacando-se, entre estes, os ligados à ordem constitucional econômico-social.”

Ainda complementa o autor:

O núcleo do Direito Penal Econômico (protetor da ordem econômico-social constitucionalmente estabelecida) está repleto de tipos delitivos voltados à proteção de valores chamados de difusos, coletivos, metaindividuais ou universais (i.e.: titulados por um número indeterminado e indivisível de pessoas). Esses direitos foram consagrados recentemente, considerando-se os peculiares padrões temporais do mundo jurídico. Tais interesses guardam essência completamente distinta em relação aos bens jurídicos individuais resguardados pelo Direito Penal clássico (Magalhães, 2010, p. 186).

Igualmente, Ferrajoli (1997, p. 861, tradução nossa) enfatiza a existência de outros direitos fundamentais não individuais, como o direito à informação, à moradia, à educação, à saúde, dentre inúmeros outros que demandam a atuação positiva do Estado:

A noção liberal de 'estado de direito' deve ser, conseqüentemente, ampliada para incluir também a figura do estado vinculado por obrigações além de proibições. Diremos, por conseguinte, que quando um ordenamento constitucional incorpora apenas proibições que exijam prestações negativas na garantia dos direitos de liberdade, se caracteriza como estado de direito liberal; quando, pelo contrário, incorpora-se também obrigações que exigem prestações positivas em garantia de direitos sociais, se caracteriza como estado de direito social.⁷

Observando a Constituição Federal de 1988, é evidente sua inspiração em ideais garantistas, elencando todo um rol de direitos e deveres fundamentais de forma explícita, (além de diversos outros princípios implícitos em seu corpo). Não é estranho termos como “Constituição garantista” ou “cidadã” em doutrinas de diversos juristas e operadores do direito.

Vale destacar que a Constituição não pode e não deve ser vista de forma unilateral, se atentando apenas às garantias e liberdades individuais. É explícito no rol de direitos e fundamentais, cujo é nomeado em seu título de “Dos direitos e deveres **individuais e coletivos**”. Nesse sentido, discorre Magalhães (2010, p. 192):

Experimenta-se na atualidade a era do Direito Penal Constitucional, sendo certo que o sistema punitivo deve ser enxergado sob os ditames da Carta Magna. Nesse contexto, não se pode olvidar o acolhimento constitucional de direitos fundamentais de todas as espécies, gerações ou dimensões, e não somente de direitos individuais ligados ao binômio liberdade-propriedade. Não há liberdades ou direitos absolutos e assim ocorre para o bem da subsistência harmoniosa em sociedade.

O modelo penal garantista-individualista puro constituiu ideologia jurídica fundada nos pilares do Direito Penal liberal, cuja existência pretendia ser justificada na necessidade de preservar a segurança jurídica do indivíduo, e não no interesse do Estado ou da comunidade. O cogente aperfeiçoamento da noção garantista passa pela compatibilização da proteção a todas as gerações de direitos humanos como condição para seu reconhecimento pelo Estado, sob pena de indevida institucionalização de um “garantismo autista”.

Canotilho (2006, p.330) ainda adverte sobre os riscos contidos nesta forma de “hiper garantismo”, em que, de certa maneira, facilita a formação de uma ideologia jurídica de suporte a organizações criminosas.

Nota-se que no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, ocorre uma frequente distorção de ideais garantistas, especialmente em reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com referências nesses ideais sem uma noção completa da essência e da extensão dos critérios para sua aplicação.

⁷ La noción liberal de ‘estado de derecho’ debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones. Diremos por conseguinte que cuando un ordenamiento constitucional incorpora solo prohibiciones que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como estado de derecho social.

É nestas palavras que o autor Douglas Fischer, cria o que se chama de Garantismo Hiperbólico Monocular:

Em muitas situações, ainda, como já anunciamos, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular: Evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados (Fischer, 2014, p.127).

Para o autor, tem-se havido uma disseminação apenas parcial dos ideais garantistas (o que o leva a nomear de Garantismo Hiperbólico Monocular), e que, em diversas situações, não se encontram em voga exclusivamente direitos individuais.

A título de exemplo, o autor em seu artigo “Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais” usa o impedimento do Ministério Público de realizar investigações baseado em meras repetições do garantismo de Luigi Ferrajoli (Fischer, 2009).

Cabe ressaltar que na referida situação, cunhou-se a proposta de emenda à Constituição (PEC) de número 37, de 2011. A PEC possuía a finalidade de acrescentar o parágrafo 10 ao artigo 144 da Constituição, apresentando a seguinte redação:

§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1.º e 4.º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente (Brasil, 2011).

Entretanto, a proposta foi rejeita por parte do Plenário. Por conseguinte, neste mesmo artigo, ainda complementa o autor:

Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há de se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas **unicamente** como forma de **afastar os excessos** injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de “**garantismo negativo**”. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobbesiana).

Nessa mesma linha de raciocínio, Lênio Luiz Streck afirma uma inconstitucionalidade quando o Estado deixa de fornecer tutela positiva:

[...] a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, **a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos**. Este duplo viés do

princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (Streck, 2004, grifo nosso).

Em síntese, na aplicação dos postulados garantistas, o Estado não só pode como deve garantir a efetiva aplicação dos direitos fundamentais **individuais ou coletivos** com base no princípio da proporcionalidade. A inobservância deste princípio pode incorrer em inconstitucionalidade, ferindo os próprios princípios que a Constituição tanto busca assegurar.

2 DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA PÚBLICA

Em um regime de tirania, um indivíduo pode experimentar a sensação de liberdade, assim como alguém pode sentir-se oprimido em um Estado Democrático de Direito. A sensação de liberdade se caracteriza como algo interno e personalíssimo, podendo ser apreendida de maneira única por cada indivíduo. O conceito imaginário de liberdade e opressão reside além do alcance da ciência jurídica e de suas instituições.

Na concepção filosófica aristotélica, se traduz no poder de autodeterminação, de deliberação sem influências externas. Liberdade, portanto, é nada mais que a decisão e escolha entre possíveis diversos.

Conforme o autor constitucionalista Afonso da Silva, este define que “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (Silva, 2005, p. 233). Ainda complementa que:

Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um (Silva, 2005, p. 233).

O autor ainda complementa o conceito de liberdade ao diferenciar entre liberdade interna e liberdade externa:

Liberdade interna (chamada também liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários. E daí outro nome que se lhe dá: liberdade dos contrários. O debate não leva a nada. Toda gente sabe que, internamente, é bem possível escolher entre alternativas contrárias, se se tiver conhecimento objetivo e correto de ambas. A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa. Esta, que é também denominada liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder de fazer tudo o que se quer (Silva, 2005, p. 231-232).

Ademais, apesar de tentar definir o conceito de liberdade, o autor salienta que tal conceito se encontra em constante mudança:

[...] a liberdade tem um caráter histórico, porque depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico. Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante (Silva, 2005, p. 232).

Com uma acepção um pouco mais atual, podemos citar o autor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2022):

Consoante se deu com as demais liberdades fundamentais, também a liberdade de ir e vir tem traços que se confundem com aqueles do constitucionalismo. “Liberdade” encerra ideia de âmbito infenso ao alcance ou à disposição de outrem. De um modo ou de outro, isso é certo, o direito dos antigos conhecia equivalentes funcionais para traduzir tal noção. A novidade trazida pelo direito dos modernos diz com o titular das liberdades: estas passam a figurar como um espaço subjetivo juridicamente intangível. Uma prerrogativa do indivíduo, e não uma concessão ou franquia graciosa (Mendes, 2022).

É claro, quando mencionamos liberdade, não nos vem apenas o conceito de ir e vir, de se deslocar. A acepção da palavra liberdade para o direito é muito mais ampla. Ao direito positivo, quando falamos em formas de liberdade, podemos mencionar o desdobramento da liberdade de locomoção, o qual é o abordado neste trabalho, ou a liberdade de pensamento, que podem ser opiniões, religião, informação, dentro outros.

Também é válido mencionar a liberdade de expressão coletiva (reunião, associação), a liberdade de ação profissional (livre escolha da atividade profissional-laboral), ou a liberdade econômica e social.

O autor Afonso da Silva (2005) faz uma importante observação quanto a liberdade e ao regime democrático:

Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista (Silva, 2005, p. 234).

Observando o processo revolucionário não só brasileiro, mas de diversos países que lutaram contra o regime absolutista em busca da liberdade, é evidente que essa afirmação se corrobora. A luta por direitos do homem ainda se mostra um tema atual que aguarda novos capítulos.

Partindo de outro ponto de vista, Paulo Nader (2015, p. 198) alega que direitos como a liberdade são pressupostos do direito natural, e devem ser assegurados pelo estado:

Tanto quanto a vida, a liberdade há de ser protegida pelo Direito. Essa tutela é necessária e não constitui dádiva do legislador, mas imperativo da razão. Por traduzir permanente anseio do homem, não é algo contingente ou fenômeno histórico. Incita à natureza humana, a liberdade é um bem fundamental que não se deve condicionar a ideologias, nacionalidades, mas tão somente à liberdade geral. No ordenamento jurídico brasileiro, a máxima afirmação da liberdade se acha gravada na Constituição da República Federativa por seu art. 5, II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Embora relevante, tal princípio não é suficiente para a garantia da liberdade, que exige, ainda, que a lei seja substancialmente justa, e isto ocorre quando a medida legal dá efetivamente a cada um o que é seu (Nader, 2015, p. 198).

Ainda em acordo com o direito jusnaturalista, Oscar Cubo Ugarte (2012, p. 286) menciona Kant ao falar que o autor persiste na ideia de que a lei positivada necessita obedecer às leis naturais. Ademais, as leis positivas só serão validas se não entrarem em conflitos com estas.

2.1 Direito de liberdade no âmbito internacional

Ao se falar em um contexto internacional, podemos mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, que expressa logo em seu Art. 1 que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Já o Art. 3 garante o direito à vida, à liberdade, e a segurança pessoal a todos os indivíduos, sem discriminação.

Por fim, o Art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante a livre circulação e residência dentre as fronteiras de cada estado. Este direito não é absoluto, como será visualizado em algumas hipóteses em nossa jurisdição brasileira.

Observando a história nos últimos séculos, revela-se que a concepção da liberdade se deu em berço aristocrático e evoluiu em um contexto burguês, onde se isolou e permaneceu alheio aos gritos oriundos da África ou da agonia secular da América Latina.

Ademais, foram três as grandes revoluções que abriram caminho para o Estado liberal, que surgiu sobre as ruínas da sociedade feudal fundamentada no direito divino e em um conceito deturpado de soberania. São elas a inglesa (1688), a americana (1776) e a francesa (1789).

2.1.1 A Revolução Inglesa

Como importante norte, a Revolução inglesa teve como ponto culminante a criação do Parlamento e a implementação da monarquia constitucional. Quando William III e Mary III ascenderam no ano de 1689 com poderes limitados pelo Bill of Rights, já haviam sido lançadas

as bases que seriam usadas de inspiração para o ocidente nos séculos afora. Sua base se tornou tão sólida que puderam até mesmo prescindir de uma Constituição escrita.

Pode ser remontada a Magna Charta (1215), documento onde o direito à liberdade surgiu como reação aos arbítrios e às violações das monarquias absolutistas. Esse direito é formalmente encontrado em seu Art. 39: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.”

Albert Vann Dicey, autor do Era Vitoriana, realiza esforços para compatibilizar traços jusnaturalistas da liberdade, esta que antecede o indivíduo, com a soberania do parlamento expresso pela revolução de 1688.

Ao dissertar sobre a liberdade pessoal, cujo deleite por parte de cada cidadão inglês não depende ou se origina de qualquer proposição geral contida em qualquer documento escrito, Dicey afirma que, muito antes de ser um privilégio especial, a liberdade pessoal é o resultado de um sistema jurídico que limita o poder.

Os fundamentos dessa liberdade incluem: o princípio de que ninguém pode ser detido em desacordo com os procedimentos legalmente estabelecidos; e a existência de meios jurídicos destinados a garantir esse princípio.

2.1.2 Revolução Americana

Retomando ao contexto histórico, a Revolução Americana teve duplo significado, sendo elas a emancipação das colônias pela Declaração da independência de 1776, e a criação do estado independente pela Carta de 1787.

Com a luta pela independência das treze colônias britânicas na América do Norte, se observou a necessidade da elaboração de um documento que assegurasse a unidade destas como um país. Em meio a um conflito entre dois grupos com posições ideológicas fortemente distintas, surgiu a Constituição Americana de 1787.

Ambos os grupos tinham opiniões divididas quanto a concentração de poder. Os federalistas pregavam a necessidade de concentração do poder estatal, enquanto os republicanos defendiam a autonomia dos estados perante o governo central. O fato da Constituição Americana ser tão enxuta é reflexo do forte conflito entre ambos os grupos, em que o único meio encontrado se baseia em um documento simples que apenas versaria sobre pontos principais da nova nação.

Sua criação se provou fundamental para o contexto internacional, fornecendo um modelo de separação de poderes: executivo, legislativo e judiciário, e a Eleição do chefe de Estado e de Governo, dentre inúmeras outros pontos aproveitados por outros países.

2.1.3 Revolução Francesa

Se trata de uma importante reviravolta no contexto internacional por inaugurar um processo que abriu espaço aos direitos sociais e liberdades individuais. Resultado de uma crise política, econômica e social, a revolução marcou o fim de uma monarquia absolutista que perdurou por séculos.

Situada entre 1789 e 1799, possui como característica um alto grau de participação popular e um alto radicalismo. Seu início pode ser altamente remontado aos ideais iluministas que se mostravam cada vez mais presentes naquela época.

O iluminismo se mostrou crítico ao absolutismo, onde este seria traduzido em nada mais que tirania. Por conseguinte, estes tinham a crença de que a humanidade poderia encontrar um caminho de construir uma sociedade livre de injustiças sociais. Como um dos passos para alcançar esse objetivo, o movimento buscava estabelecer limites ao poder real por meio de diversas políticas.

Consagrado historicamente pelo advento do estado liberal, foi a Declaração do Homem e do Cidadão em 1789 que abriu caminho para um sistema pautado pela representatividade popular. Também pode-se citar as garantias e direitos individuais.

Esses acontecimentos podem ser usados de antecessores ao constitucionalismo moderno. Eventos que ainda são usados até a atualidade como exemplos de perseguição a libertação de governos tiranos e absolutistas.

2.1.4 No Brasil

Podemos observar os primeiros rastros da busca a liberdade no ano de 1789, com a Inconfidência Mineira, onde se clamou o grito da liberdade contra o despotismo da Metrópole, seguido pela inconfidência Baiana em 1798.

A primeira Constituição a de fato garantir os direitos do Homem foi promulgada no ano de 1824, em seu Título VIII, garantindo os direitos civis e políticos com fundamentos na liberdade. Fato curioso é de que se tratou da primeira a subjetivar e positivar esses direitos, prescindindo a da Bélgica, no ano de 1831.

Recepcionado no Art. 179 em seu inciso VIII, já era previsto que “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei”, ou em seu inc. X, em que “A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima”.

É de praxe que nossas constituições tenham uma declaração de direitos do homem. A Constituição de 1891 possuía em sua Seção II do Título IV a Declaração de direitos, que assegurava a inviolabilidade de brasileiros e estrangeiros à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos do Art. 72. Há de se comentar que esta constituição em específico possuía apenas os direitos e garantias individuais.

A partir da Constituição de 1934, com exceção da Carta ditatorial de 1937, houve a abertura de um título para a Declaração de Direitos, onde não só estaria contido direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e políticos.

Ademais, ainda que a Constituição de 1937 pecou em certos aspectos, alguns pontos relevantes ainda podem ser mencionados, como o texto que disciplina a locomoção em território nacional, dispositivo que aparece pela primeira vez em nossa legislação:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

2º) todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade; (Brasil, 1937).

Entretanto, o decreto n.º 10.358 de 1942 suspendeu todos os direitos e garantias, em razão do decreto de estado de guerra no Brasil, momento em que o país ingressou na 2ª Guerra Mundial.

Com o fim da guerra, voltou-se a observar os direitos do homem. O advento da Constituição de 1946 trouxe o título IV com dois capítulos, sendo estes a Nacionalidade e Cidadania e o segundo sobre Direitos e Garantias Individuais, que assegurou os direitos concernentes à vida, à segurança individual, à liberdade, e à propriedade. Temos o seguinte dispositivo para exemplificação a seguir:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”:

(...)

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe (Brasil, 1946).

No ano de 1964, com o golpe dos militares, houve novamente a supressão dos direitos da Constituição de 1946. Com a Constituição de 1967, situações como restrição de locomoção com toques de recolher, ou restrição a liberdade de pensamento com a retirada do direito a voto se tornaram novamente comuns.

Posteriormente, com o movimento “diretas já”, cujo objetivo era propor eleições diretas para o cargo de presidente da república, em 1988, foi promulgada a atual e vigente Constituição Federal de 1988.

Adotando a técnica mais moderna, em nossa Constituição Federal de 1988, logo após os princípios fundamentais, já introduz em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, no qual estariam incluídos os Direitos Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, os Direitos de Nacionalidade, os Direitos Políticos, e por fim, os Partidos Políticos.

2.2 Direito de Locomoção

Constituída como o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico brasileiro. A vigente Constituição Federal de 1988 foi a primeira que reservou um dispositivo apenas para este fim. Um conceito que antes era enquadrado como manifestação da liberdade de ação agora se encontra no Art. 5º, XV, nos seguintes termos:

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

(...)

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (Brasil, 1988).

Conforme o autor Afonso da Silva, deste dispositivo deliberam-se duas situações: uma é a liberdade de locomoção em território nacional, e a outra é a liberdade da pessoa de entrar no território nacional, e nele permanecer com seus bens. Ainda delibera que:

A liberdade de, em tempo de paz, entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair é direito de ir e vir através das fronteiras nacionais. Envolve o direito de migrar (emigrar e imigrar). Por referir-se a situações ligadas a estrangeiros, esse particular direito de ir, vir e permanecer é cercado de maiores limitações, sujeitando-se a preceitos legais especiais, e fica dependendo dos termos da lei referida a seu propósito no inciso constitucional em exame. O texto não quer dizer que em tempo de guerra a entrada e permanência no território nacional ou a saída dele sejam vedadas. Não o estão, mas não será um direito, uma liberdade do indivíduo, salvo se for brasileiro que esteja retornando à Pátria. Se for brasileiro que queira sair ou estrangeiro que deseje entrar, sair ou ficar, as autoridades poderão aceder ou não à sua vontade, de acordo com os critérios discricionários de conveniência e oportunidade, tendo em vista não apenas a segurança do país como também a segurança do próprio interessado (Silva, 2005, p. 238–239).

Como qualquer outro direito fundamental, o direito à liberdade e a locomoção possui as características típicas: universalidade, indivisibilidade, complementaridade, interdependência e imprescritibilidade. Ademais, como já dito, esse direito não pode ser restringido de forma arbitrária pelo estado, apenas na forma da lei.

O autor ainda menciona sobre o direito à circulação como desdobramento do direito de locomoção:

Direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir, parar, estacionar. O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto ao outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. Em tal caso, a utilização da via “não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável erga omnes. Em consequência, a administração não poderá impedir, nem geral, nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia” (Silva, 2005, p. 239).

Em resumo, independente do meio pelo qual se circule em uma via pública, o transeunte terá direito de passagem e deslocamento por ela, a não ser por circunstâncias excepcionais que justifiquem a administração pública de cercear esse direito. O autor menciona como exemplo a ruína iminente de uma edificação.

2.3 Exceções

Como já mencionado, direitos fundamentais não são absolutos, logo, de forma lógica, podem ser restringidos segundo a ocasião se necessário. Evidente que esta restrição não pode ser realizada de forma arbitrária, portanto, se faz necessário que sejam cumpridos os requisitos para tal na forma da lei.

As restrições ao direito de locomoção podem ter origem tanto na esfera penal, quanto na civil e tributária. Por conseguinte, logo no corpo do texto já é citada uma condição para que ele seja exercitado. Na letra da lei da Constituição Federal: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (Brasil, 1988).

Ao observar o inciso, é necessário observar que esse direito só é válido em tempos de paz, portanto, em situações de Estado de Defesa e Estado de Sítio, o direito à locomoção é suprimido. Indo além, o trecho “nos termos da lei” deixa sua regulamentação a ser complementada por lei infraconstitucional.

O autor Pedro Lenza tece comentários sobre o cerceamento do direito de locomoção no Estado de Defesa:

Esse direito poderá ser restringido na vigência de estado de defesa, quando se cria a possibilidade de prisão por crime de Estado determinada pelo executor da medida (art. 136, § 3º, I), exceção à regra acima exposta (flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente) (Lenza, 2008, p. 606).

No que tange Estado de Sítio, complementa o autor:

No mesmo sentido ocorrerá restrição à liberdade de locomoção na vigência do estado de sítio, nos termos do art. 139, I, podendo ser tomadas contra as pessoas (nas hipóteses do art. 137, I) medidas no sentido de obrigá-las a permanecer em localidade determinada, bem como medidas restritivas também em caso de guerra declarada ou agressão armada estrangeira (art. 137, II) (Lenza, 2008, p. 606).

Na esfera penal, temos a própria figura da pena privativa de liberdade. Se trata de uma forma adotada pelo Código Penal de restringir o direito de ir e vir, recolhendo o indivíduo para um estabelecimento prisional.

A figura da prisão também pode ser encontrada na Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu Art. 5º, LXI, em que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. O inciso pode ser observado como uma garantia ao indivíduo para que este possa exercer seu direito de ir e vir.

No campo do direito tributário, existe a figura do pedágio, taxa ou tarifa cobrada por concessionárias autorizadas pelo governo para custear a construção e manutenção de rodovias. Essa figura se encontra no Art. 150, V da Constituição Federal:

Art. 150, CF: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

V- estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (Brasil, 1988).

Nota-se que o Estado é incapaz de produzir novos meios para impedir a locomoção de indivíduos, sendo passível o uso do remédio constitucional Habeas Corpus (HC) para garantir a liberdade de circulação.

Citado no Art. 5, Inc. LXVIII, da Constituição Federal (1988), na letra da lei: “conceder-se-á 'habeas-corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Em conclusão, o direito de locomoção trata-se de uma prerrogativa não só corroborada pelo direito natural, mas ratificada e conseqüentemente positivada pelo direito. Entretanto, seu exercício é condicional, podendo ser restringido pelo estado em determinadas situações.

Em suma, mesmo que brevemente, o direito de circulação é flexibilizado pela figura das abordagens policiais e da busca pessoal. Essa flexibilização não deve ser encarada levemente, pois apesar de ser regulamentada pelo CPP - Código de Processo Penal, ainda entra em conflito com um direito fundamental garantido por nossa Constituição.

2.4 Direito social à Segurança Pública

Segurança pode ser traduzida em “ação ou efeito de tornar(-se) seguro; estabilidade, firmeza”, bem como “situação em que nada há a temer”. Na acepção jurídica, pode ser concebido como “garantia” e “proteção. Já Pública é “destinada ao povo; coletividade”, que é algo destinado ao uso de todos. Portanto, tem-se por Segurança Pública como “uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas”.

O Direito à segurança, que se trata de um direito social, incumbe ao Estado o dever de implementar políticas de Segurança Pública, que garantem aos seus cidadãos o direito de transitar nos locais públicos sem receio de ter sua integridade física violada. A Segurança Pública, em outros termos, tem por finalidade precípua a preservação e manutenção da ordem pública, com uma situação de “pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência” (SILVA, 2005, p. 777).

De forma mais detalhada, pode ser descrita como:

Situação de preservação ou restauração da convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses (Silva, 2005, p. 778).

Como um direito social, encontra-se intimamente vinculado ao princípio da dignidade humana e é necessário para a concretização da igualdade material e justiça social. Nas palavras de Ferrer:

Os direitos sociais fundamentais, pressupostos de existência de justiça social, fundam-se não somente no princípio da igualdade material, mas, também, no princípio da dignidade humana, ambos com assento constitucional. Isto porque a igualdade está intimamente vinculada à dignidade em presença da igualdade (Ferrer, 2007, p. 110).

Já nas palavras de Andrade:

A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos. Este é um dos seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais (Andrade, 2003).

A dignidade humana não está vinculada a apenas uma dimensão negativa, como um dever de abstenção estatal, mas também exige uma atuação positiva, e é neste contexto que se insere a prestação de segurança como um serviço destinado a todos:

[...] a dignidade da pessoa humana não possui apenas uma dimensão negativa, ou seja, um dever de abstenção de condutas que objetifiquem o ser humano. A dignidade da pessoa humana impõe uma atuação positiva por parte do Poder Público, verdadeiro dever de proteção tanto por meio do Poder Legislativo, que deve atentar, por exemplo, para o princípio da proteção insuficiente, devendo elaborar mecanismos jurídicos eficazes na tutela da dignidade da pessoa humana; quanto um dever de promoção, que exige do Estado à adoção de medidas capazes de proporcionar à sociedade acesso a serviços e utilidades indispensáveis a uma vida digna. Dentre essas prestações, está inserida a segurança pública, que consiste em direito fundamental individual (direito de defesa) e social (direito prestacional) (Bezerra, 2023).

Os direitos sociais exigem do Estado ações concretas como assistência social, previdenciária, à erradicação da pobreza, etc. Nas palavras de Alexy (1997, p. 482), esses direitos são "direitos do indivíduo frente ao Estado, a algo que - se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e, se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-los também de particulares".

Em nossa Constituição Federal de 1988, a Segurança se insere no Art. 6 como um dos direitos sociais, e abrange vários aspectos, como segurança em relações de consumo, segurança social, segurança frente às ingerências estatais, segurança nacional e segurança pública interna.

Podem ser divididas em segurança interna e externa. As atividades de segurança externa, ou nacional, são destinadas à defesa do Estado, à proteção do território, da soberania nacional e das instituições políticas.

Por outro lado, as atividades de segurança interna já se destinam a preservar a ordem pública e a assegurar a proteção dos integrantes da sociedade com a devida prevenção e repressão de práticas delituosas. É o que é comumente denominado de segurança pública.

Cabe salientar que Segurança Pública pode ser visualizada tanto em seu caráter negativo quanto positivo:

A Segurança Pública, enquanto um direito fundamental individual, apresenta-se como dever de abstenção de qualquer comportamento, tanto por parte do Estado quanto advindo de particulares, que viole ou ameace o bem-estar, o conforto, a confiança, entre outros aspectos que compõem a noção de um estado de segurança, de previsibilidade, no qual a pessoa possa se desenvolver em sociedade.

Por outro lado, enquanto um direito social, cujo caráter é prestacional, exige do Estado atuação no sentido de garantir ao ser humano esse ambiente seguro, seja por meio da elaboração de normas jurídicas que regulem as relações sociais, conferindo certa previsibilidade ao indivíduo; e até mesmo a atuação de órgãos que atuem preventiva e/ou repressivamente para garantir esse status de segurança (Bezerra, 2023).

A segurança pública é de obrigação estatal, e é prevista no Art. 144 da Constituição. É atribuído às atividades policiais. Cabe a estas prevenir, reprimir e apurar as práticas delituosas que ameaçam a segurança do cidadão.

Observa-se que, apesar de a segurança pública abarcar práticas delituosas, seu conceito abrange muito além que isto, ao ditar em seus termos que “a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.” (Brasil, 1988).

A Constituição abrange comportamentos e situações que não necessariamente abarcam comportamentos e práticas criminosas, e isso ocorre por motivos de que nem tudo que viole a ordem pública e a incolumidade das pessoas são condutas necessariamente delituosas. A maior evidência disto é a inserção do Corpo de Bombeiros Militar em seu rol, que tem como atribuição a Defesa Civil, bem como às Polícias Penais, que atuam no sistema prisional. São órgãos que não atuam diretamente no combate à criminalidade.

2.5 Choque de Direitos

O conflito entre o direito de locomoção e o direito à segurança pública é um dos desafios mais complexos que o Estado enfrenta no exercício de sua função de proteção social e preservação das liberdades individuais. Esses dois direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, refletem pilares essenciais de um Estado Democrático de Direito, no qual se busca o equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade de garantir a segurança coletiva.

O direito de locomoção, assegurado no artigo 5º, inciso XV, da Constituição, permite a qualquer pessoa circular livremente em território nacional em tempos de paz, ou seja, sem a imposição de restrições arbitrárias. Este direito está intimamente ligado à própria essência da liberdade humana, a qual se manifesta na capacidade de escolha e de movimento. De acordo com autores como Afonso da Silva, a liberdade de locomoção é a expressão externa da vontade do indivíduo de se mover, deslocar-se e estabelecer-se onde desejar, sem ser tolhido por barreiras estatais ou sociais.

No entanto, a Constituição também estabelece que esse direito pode ser limitado nos termos da lei. A liberdade de locomoção, como qualquer outro direito, não é absoluta. Existem contextos em que o Estado possui a legitimidade para restringir esse direito, como em tempos de guerra, de calamidade pública ou quando há ameaça à ordem pública e à segurança dos cidadãos.

Por outro lado, o direito à segurança pública é também um direito fundamental. A Constituição define a segurança pública como dever do Estado e direito de todos, sendo essencial para a manutenção da ordem e da convivência pacífica na sociedade. Esta, exercida por meio dos órgãos de polícia e outras forças de segurança, visa garantir que as pessoas possam exercer seus direitos sem serem ameaçadas ou violentadas.

Ademais, esse direito está vinculado diretamente à dignidade humana, pois uma sociedade segura permite que os indivíduos gozem plenamente de suas liberdades, incluindo a liberdade de locomoção. Entretanto, em nome da segurança pública, o Estado pode impor restrições a essa liberdade, como em situações de emergência ou de operações policiais que busquem garantir a ordem e a proteção da coletividade.

O embate entre o direito de locomoção e o direito à segurança pública surge justamente no momento em que o Estado, para garantir a segurança coletiva, precisa restringir a liberdade individual de movimentação. Todas essas ações são justificadas pela necessidade de proteger a

ordem pública e a integridade das pessoas, mas, ao mesmo tempo, impõem uma limitação ao direito de ir e vir.

A doutrina garantista, defendida por autores como Luigi Ferrajoli, oferece um importante referencial para a análise do choque entre o direito de locomoção e o direito à segurança pública. O garantismo é uma teoria que busca limitar o poder punitivo do Estado, assegurando que os direitos individuais sejam respeitados ao máximo, especialmente em situações de confronto com o poder coercitivo do Estado. Nesse sentido, o garantismo se opõe a práticas arbitrárias e defende que qualquer intervenção estatal deve ser fundamentada em critérios de legalidade, necessidade e proporcionalidade.

Igualmente, inúmeras injustiças sociais poderiam ser cometidas tanto por parte do Estado quanto por particulares, se aquele atuasse apenas em seu sentido negativo. Alexandre de Moraes, nesse sentido, discorre:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º 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 responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (Moraes, 2023, p.110).

A proporcionalidade, nesse contexto, surge como um princípio fundamental para resolver o conflito entre os direitos em questão. O princípio da proporcionalidade exige que as medidas restritivas adotadas pelo Estado sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao objetivo que se pretende alcançar. Em outras palavras, o Estado deve escolher a medida menos restritiva possível para garantir a segurança pública, sem que isso implique em uma violação desproporcional da liberdade de locomoção dos cidadãos.

De acordo com esse princípio, qualquer restrição ao direito de locomoção só pode ser justificada se for comprovadamente necessária para garantir a segurança pública. Além disso, é preciso que os benefícios proporcionados pela medida de segurança superem os prejuízos causados pela limitação da liberdade de circulação.

O Garantismo integral oferece uma análise crítica sobre como o Estado deve atuar ao limitar liberdades individuais para garantir a segurança pública. De um lado, temos a proibição de excessos (Übermassverbot), que impede o uso desproporcional da força ou restrições à liberdade de locomoção sem fundamento adequado. De outro lado, a proibição da proteção insuficiente (Untermassverbot) exige que o Estado adote medidas eficazes para proteger a sociedade de ameaças reais, como o crime e a violência.

Portanto, o choque entre segurança pública e liberdade de locomoção deve ser resolvido por meio da proporcionalidade, uma vez que o Estado deve garantir tanto a segurança quanto as liberdades individuais, assegurando que as limitações sejam adequadas, necessárias e proporcionais aos riscos que justificam a intervenção.

3 ABORDAGEM POLICIAL

Utilizada como ferramenta para o exercício da Segurança Pública, trata-se de algo extremamente presente na sociedade. Pode ser visto como um instrumento essencial ao policiamento ostensivo e preventivo para o afastamento de ilícitos. Entretanto, é observado como um objeto de polêmicas na atualidade tanto pela sociedade como para os veículos midiáticos.

Os autores Eduardo Godinho e Rodrigo Foureaux (2022, p. 83) definem a abordagem policial nas seguintes palavras:

A abordagem policial é um instrumento operacional de trabalho utilizado pela polícia, o que inclui todos os órgãos policiais do art. 144 da Constituição Federal ou instituições com poder de polícia, dentro de suas atribuições, como a Polícia Legislativa, Polícia Judicial, Guarda Municipal, com o fim de fiscalizar e garantir a segurança pública, prevenir e reprimir o crime e pode ser efetuada em pessoas, bens e objetos e possui toda uma técnica, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Em outros termos, no âmbito da análise jurídica da abordagem policial, o procedimento em questão configura uma ação realizada pelos agentes de segurança pública no cumprimento das funções fiscalizatórias do Estado. De fato, esse instrumento de proteção interfere em determinados direitos individuais, gerando prejuízo entre os direitos da coletividade e os direitos pessoais, evidenciando a relatividade dos últimos diante do interesse público. Assim, tanto a abordagem quanto a busca pessoal, geralmente realizada por agentes de segurança pública no exercício de suas funções constitucionais, encontram amparo expresso no artigo 144.

Como mencionado acima, ao se tratar de uma ferramenta utilizada por órgãos de segurança pública, constituem estes os constitucionalmente amparados na letra da lei do Art. 144 da Constituição Federal:

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 corpos de bombeiros militares (Brasil, 1988).

Cabe destacar que apesar das Guardas Civis Metropolitanas não estarem elencadas nesse rol, apenas se encontrando mencionadas no parágrafo oitavo deste mesmo artigo “§ 8º Os

Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”, é pacífico o entendimento de que estas integram o Sistema Único de Segurança Pública – SUSP.

Observando as interpretações jurídicas que excluía as guardas municipais como integrantes Sistema de Segurança Pública, visto que não estão situadas devidamente no rol, a Associação Nacional dos Guardas Municipais – ANGM ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, onde solicitava ao STF que sanasse essas controvérsias.

Por meio deste, surgiu o ADPF 995/DF, com o devido reconhecimento das guardas metropolitanas como órgão de segurança pública. Segue a ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. LEGÍTIMA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI Nº 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública.
2. Essa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, fez com que o Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 846.854/SP, reconhecesse que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF).
3. O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao CONGRESSO NACIONAL, em legítima opção legislativa, no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei n.º 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (art. 9º, § 1º, inciso VII).
4. O quadro normativo constitucional e jurisprudencial dessa SUPREMA CORTE em relação às Guardas Municipais permite concluir que se trata de órgão de segurança pública, integrante do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).
5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida e julgada procedente para, nos termos do artigo 144, §8º da CF, CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO aos artigos 4º da Lei 13.022/14 e artigo 9º da 13.675/18 DECLARANDO INCONSTITUCIONAL todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública (Brasil, 2023a. p. 1).

Entretanto, apesar de que fundamentos como as guardas municipais não serem órgãos de segurança pública estejam superadas, órgãos jurisdicionais como o Superior Tribunal de Justiça

ainda mantém o posicionamento de que sua atuação é limitada, proibindo-os de exercer atividades típicas de polícias militares e civis (HC n.º 799230 da 6ª Turma do STJ).

Visto a insistência desta linha de raciocínio, o Ministro André Mendonça reformou a decisão do STJ em Recurso Extraordinário n. 1.466, julgado em 22/07/2024. No referido, o ministro afirma que a decisão da 6ª difere do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, apesar das controvérsias sobre o referido tema, o atual posicionamento é a possibilidade das Guardas Municipais realizarem abordagens policiais, se presente os requisitos elencados no Código de Processo Penal (vide art. 244), visto que estes possuem poder de polícia, apesar de não integrarem o rol do art. 144.

3.1.1 Poder de Polícia e Poder das Polícias.

Mencionado no HC n. 830.530/SP, o termo “poder de polícia” é um instrumento utilizado na Administração Pública que embasa o Estado e o permite agir nos estreitos limites da legalidade.

Seu conceito pode ser encontrado na Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional, em seu Art. 78, nos seguintes termos:

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 (Brasil, 1966).

Em resumo, trata-se de um mecanismo amparado pelo ordenamento jurídico que restringe e limita o exercício de direitos, estes em razão do bem comum e do interesse social. O autor e doutrinador Rodrigo Foureaux (2020) destaca que não se deve confundir os conceitos de polícia-função com polícia-corporação, no qual:

O primeiro consiste na própria atuação administrativa da Administração Pública, no exercício do poder de polícia em sentido estrito por qualquer órgão público. O segundo trata-se de órgão administrativo que seja integrante do sistema de segurança pública, que possui como atribuições a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O autor ainda explicita que o poder de polícia é uma noção mais ampla que o “poder da polícia”, pois este se refere ao órgão administrativo policial, enquanto aquele se consubstancia na atuação de qualquer outro órgão administrativo.

Ao tratar de órgãos policiais, esse poder ainda engloba atividades relacionadas à segurança pública, tranquilidade pública e salubridade pública. O Decreto n. 88.777/83 define a manutenção da ordem pública e ordem pública como:

19) Manutenção da Ordem Pública – É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

21) Ordem Pública -. Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.” (Brasil, 1983).

Ademais, o referido doutrinador destaca que o poder de polícia dos órgãos policiais pode possuir tanto natureza administrativa, quanto natureza processual:

No exercício do poder de polícia surgem situações em que este poder, de natureza administrativa, passe a ser de natureza processual, como a fiscalização exercida pela polícia ao realizar blitz resultante na prisão do motorista, por ingerir bebida alcoólica ou por estar com drogas, ou armas ilegais no carro.

Portanto, o poder de polícia, em relação aos órgãos policiais, pode possuir natureza administrativa ou processual.

O poder de polícia processual decorre da ação policial com fundamento em leis processuais, como o Código de Processo Penal, que permite a prisão em flagrante delito e a apreensão de bens decorrentes de crimes (Foureaux, 2020).

O poder de polícia pode ser entendido em sentido amplo ou estrito, sendo o primeiro a atuação estatal que limita direitos individuais, e o segundo na própria atuação concreta da administração pública que restringe os direitos.

Indo além, o exercício deste poder se desdobra em quatro fases denominadas de ciclo de polícia: ordem de polícia (1ª fase), o consentimento de polícia (2ª fase), fiscalização de polícia (3ª fase) e a sanção de polícia (4ª fase).

Nesta primeira fase, o Estado estabelece as normas e regulamentos que devem ser seguidos pela sociedade. Essas normas podem ser leis, decretos, regulamentos administrativos, entre outros instrumentos legais. A ordem de polícia define os padrões de comportamento e as restrições que os cidadãos e entidades devem obedecer para garantir a segurança, a saúde pública, o meio ambiente e outros interesses coletivos.

Na segunda fase, após o estabelecimento das normas, o Estado visa obter o consentimento dos cidadãos e entidades para sua aplicação. Isso pode ocorrer por meio da conscientização pública, educação, campanhas de informação e outras estratégias destinadas a promover a compreensão e aceitação das normas. O consentimento é fundamental para o sucesso das

políticas de polícia, uma vez que facilita a cooperação voluntária dos indivíduos e reduz a necessidade de coerção.

Na fase de fiscalização, as autoridades encarregadas da aplicação da lei monitoram o cumprimento das normas estabelecidas. Isso pode envolver inspeções, verificações, investigações e outras atividades destinadas a detectar e corrigir violações das normas de polícia. A fiscalização é realizada com o objetivo de garantir a conformidade com as regras estabelecidas e prevenir comportamentos que possam representar riscos à ordem pública ou ao bem-estar coletivo.

Por fim, na sanção de polícia, quando são identificadas violações das normas de polícia, as autoridades têm o poder de impor sanções ou penalidades aos infratores. Isso pode incluir advertências, multas, apreensão de bens, interdição de atividades, entre outras medidas punitivas previstas na legislação. A sanção de polícia tem o objetivo de desencorajar comportamentos ilícitos, promover a conformidade com as normas e proteger os interesses coletivos.

De forma a definir a aplicação destas fases, o doutrinador fornece como exemplo o poder de polícia no âmbito do policiamento de trânsito:

O Código de Trânsito Brasileiro estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (**ordem de polícia**); a emissão da carteira corporifica a vontade do Poder Público (**consentimento**); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei, bem como os policiais militares e demais autoridades de trânsito fiscalizam o cumprimento das normas de trânsito (**fiscalização**) e a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (**sanção**) (Foureaux, 2020).

No que tange aos atributos que este poder carrega, são estas a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Em primeiro lugar, a discricionariedade refere-se à margem de escolha conferida à autoridade administrativa para decidir sobre as medidas necessárias à garantia da ordem pública e ao cumprimento das normas legais. Isso significa que a autoridade possui certa liberdade para avaliar cada situação e determinar as ações mais apropriadas, considerando as circunstâncias específicas e os interesses coletivos envolvidos.

Já a autoexecutoriedade confere à administração pública a capacidade de agir de forma direta e imediata para fazer cumprir suas decisões, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Isso significa que, em determinadas situações, a própria administração pode executar suas ordens, realizar medidas preventivas ou corretivas e impor sanções, garantindo a efetividade de suas decisões.

Por fim, a coercibilidade representa o poder de impor obrigações e restrições aos particulares, quando necessário, com o objetivo de assegurar o interesse público e a ordem social. Isso envolve a capacidade de aplicar sanções, como multas, interdições, apreensões de bens, entre outras medidas coercitivas, para compelir os indivíduos a cumprirem as normas estabelecidas pela administração.

Em conjunto, esses atributos conferem ao poder de polícia administrativo uma grande eficácia na promoção da ordem pública, na proteção dos direitos fundamentais e na preservação do interesse coletivo. No entanto, é importante que o exercício desse poder seja realizado de forma proporcional, razoável e dentro dos limites estabelecidos pela legislação, garantindo assim a legalidade e a legitimidade das ações estatais.

Vale destacar que a discricionariedade não pode e nem deve ser confundida com arbitrariedade. Enquanto o primeiro se refere ao poder de escolha que a lei fornece à administração na prática de seus atos, a segunda se refere a mero capricho, ao desrespeito ao direito e à ordem jurídica vigente.

Em conclusão, temos que o poder de polícia é uma ferramenta do poder da polícia. Essa que legitima a atuação dos órgãos policiais, que sem a mesma, dá causa a ações arbitrárias.

3.1.2 Abuso de Poder e Abuso de Autoridade

O abuso do poder por parte de autoridades sempre se fez presente na história humana. Seja em regimes totalitaristas ou em monarquias, a figura do soberano que exerce seu poder ilimitadamente se mostrou algo comum no decorrer das eras.

No Brasil, a figura do Estado, representada pela monarquia, cometia com regularidade atos que entravam em conflito com o ordenamento jurídico vigente. O advento da democracia e suas garantias e direitos, ainda que conturbada com suas várias interrupções, trouxe prerrogativas do povo frente à atuação irrestrita estatal.

Exemplos de constrições à Administração Pública é a nossa própria Constituição Federal de 1988, que disciplina o princípio da legalidade: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**[...] (Brasil, 1988, grifo nosso).

O princípio da legalidade é um dos pilares fundamentais do direito administrativo e do ordenamento jurídico na totalidade. Esse princípio estabelece que a Administração Pública só

pode fazer aquilo que a lei autoriza expressamente, sendo vedada a realização de atos que não estejam previstos ou que contrariem as disposições legais.

Em outras palavras, o princípio da legalidade impõe que todos os atos administrativos, sejam eles de caráter normativo, executivo ou punitivo, devem estar em conformidade com a legislação vigente.

Portanto, poderes administrativos como o poder de polícia encontram limites na própria lei, arriscando incorrer em excessos ao realizar atos que contrariem o ordenamento jurídico.

Na realidade, dos atos da administração pública, dificilmente poderá se aferir a intenção do administrador ao realizar essas ações, portanto, cada caso deverá ser analisado concretamente.

Em conclusão, os atos advindos da administração que não observarem os limites previstos pela lei, ou os que se desviarem de sua finalidade, estarão incorrendo em abuso de poder.

A doutrina classifica o abuso de poder como gênero, que se subdivide em excesso de poder e desvio de poder. Conforme o Dr. Rodrigo Foureaux:

No **excesso de poder** o agente extrapola os limites de sua competência administrativa e pratica atos que vão além de suas atribuições, seja por praticar atos que sejam atribuições de outra autoridade ou por exceder os limites da própria lei, quando for atribuição do próprio agente que praticou o ato excessivo.

O **desvio de poder** ocorre quando o agente atua dentro de suas atribuições, mas visa alcançar fins diversos do previsto em lei (interesse público) ou secundários, que fogem do que, normalmente, ocorre quando da prática de atos administrativos (exemplo da prisão durante o casamento).

O excesso de poder macula a competência do ato administrativo; enquanto que o desvio de poder vicia a finalidade. Em ambos os casos poderá ser declarada a nulidade do ato administrativo, na esfera administrativa ou judicial (Foureaux, 2020).

Vale salientar que abuso de poder não se confunde com abuso de autoridade. Enquanto abuso de poder pode ser visto de maneira ampla, o abuso de autoridade apenas incide sobre aquele que viola as hipóteses previstas na Lei 13.869/19.

Todavia, na antiga lei de abuso de autoridade, os conceitos de abuso de autoridade e poder se entrelaçavam de maneira mais complexa. Na seara das abordagens policiais, o abuso de autoridade poderia incidir em hipóteses como:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) liberdade de locomoção

(...)

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 (Brasil, 1965).

Já a nova lei n.º 13.869, de 5 de setembro de 2019, tratou de corrigir este problema. Para configuração do abuso, o agente necessita possuir finalidade específica, conforme disciplina o Art. 1, § 1º:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (Brasil, 2019a).

Em suma, o agente público ao violar hipóteses previstas na lei de abuso, como age de forma contrária a lei, incidirá neste, mas nem sempre o agente que comete ato de abuso de poder incorrerá em abuso de autoridade.

O conceito de abuso de autoridade, frente aos casos cada mais expostos por parte dos meios de comunicação, vem se correlacionando cada vez mais as atividades de segurança pública. Essa evidência se corrobora justamente pela exposição e visibilidade que esses profissionais possuem como uma atividade fim.

A atuação dos agentes de segurança pública se caracteriza como uma atividade complexa. O ambiente operacional se demonstra estressante, principalmente em situações onde sua própria vida e a de terceiros é colocada em risco. Portanto, as peculiaridades da atividade policial devem ser consideradas na análise de casos de extrema complexidade onde há presença de erros na atuação policial.

Ademais, apesar da complexidade do serviço policial, esta não escusa ações arbitrárias. O inciso XV do art. 5.º da CF preceitua: “XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (Brasil, 1988).

Apesar de inexistir um tipo específico para a busca pessoal na nova lei de abuso de autoridade, as abordagens, se eivadas de ilegalidade, ainda podem se enquadrar em outros tipos penais. Temos como exemplo o crime de constrangimento ilegal, na letra da lei:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei (Brasil, 2019a).

Porém, consoante ao Art. 1, §1, já citado anteriormente, diga-se de passagem, a conduta necessita de finalidade específica para a configuração do ato. Pode ser usada como exemplo a Apelação Criminal n. 2014.092678-3, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 146, § 1º, DO CÓDIGO PENAL), ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL) E DANO (ART. 163, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO. INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO RESTRITA AO CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 146, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). ATIPICIDADE DA CONDUTA. MERA ABORDAGEM POLICIAL E REVISTA PESSOAL. CRIME MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RESULTADO NATURALÍSTICO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “O crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146, caput, do Código Penal exige que a vítima deixe de fazer o que a lei permite ou faça aquilo que ela não manda, tratando-se, portanto, de crime material, que requer a produção do resultado naturalístico para ser consumado. Assim, em se verificando que as ameaças proferidas contra a vítima não foram capazes de constrangê-la a fazer o que a lei não manda, ou deixar de fazer o que a lei manda, a conduta dos acusados deve ser considerada atípica” (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.002620-0, de Içara, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 29.07.2014) (Santa Catarina, 2015, p. 1).

Situado no art. 146 do Código Penal e art. 222 do Código Penal Militar, o constrangimento ilegal é um crime contra a liberdade individual que consiste em forçar alguém ou deixar de fazer algo, gerando uma situação vexatória, mediante violência ou grave ameaça. No caso em questão, entendeu-se que a busca pessoal baseada em fundada suspeita não caracteriza o delito, tendo em vista que os agentes não agiram com o dolo específico de constranger.

No que tange a busca pessoal, também conhecida como revista policial ou “baculejo”, esta deve ser embasada em motivação legal, com risco de nulidade das provas obtidas por motivos de ilegalidade, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Além da sanção penal, o agente ainda poderá responder civil e administrativamente pelos excessos que cometer com o ato.

3.2 Busca pessoal

Figurada como algo extremamente importante no contexto das abordagens policiais. Muitos confundem ao pensar que são sinônimos, o que não poderia ser uma ideia mais errônea.

Para melhor compreensão, vale a pena retomar a definição desta atividade. Ao mencionar abordagens policiais, trata-se de um conceito interno às forças de segurança pública. Para exemplificar, podemos citar o Caderno Doutrinário n. 2 da Polícia Militar de Minas Gerais:

A abordagem policial é o conjunto ordenado de ações policiais para aproximar-se de uma ou mais pessoas, veículos ou edificações. Tem por objetivo resolver demandas do policiamento ostensivo, como orientações, assistências, identificações, advertências de pessoas, verificações, realização de buscas e detenções. Já a abordagem a pessoas se refere apenas às ações policiais para se aproximar de um ou mais indivíduos. Este conceito possui um sentido amplo, ou seja, abrange a todos os cidadãos, não se restringindo às pessoas em situação de suspeição (Minas Gerais, 2011, p. 56).

Para fornecer outra visão sobre a temática, podemos citar a pesquisadora Tânia Pinc, em que consoante a mesma:

Essa é uma ação proativa, que ocorre durante as atividades de policiamento, cujos procedimentos preveem a interceptação de pessoas e veículos na via pública e a realização da busca pessoal e vistoria 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, p.1).

O termo abordagem policial é um termo genérico. Nele que se insere a figura da busca pessoal. Esta pode ser fundamentada com base no Art. 244 do CPP:

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 (Brasil, 1941).

Também pode ser localizado no Art. 180 do Código de Processo Penal Militar, e na Resolução n. 515 da Agência Nacional de Aviação Civil, em seu art. 3º, § 1º:

Art. 182. A revista independe de mandado: a) quando feita no ato da captura de pessoa que deve ser presa, b) quando determinada no curso da busca domiciliar; c) quando ocorrer o caso previsto na alínea a do artigo anterior; d) quando houver fundada suspeita de que o revistando traz consigo objetos ou papéis que constituam corpo de delito; e) quando feita na presença da autoridade judiciária ou do presidente do inquérito (Brasil, 1969).

Art. 3º Os procedimentos a serem observados no canal de inspeção de segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita devem atender às seguintes disposições:

(...)

§ 1º Define-se busca pessoal como sendo a revista do corpo de uma pessoa, suas vestes e demais acessórios, realizada por autoridade policial ou por APAC, neste caso com consentimento do inspecionado (Brasil, 2019b).

Ao analisar os artigos, pode-se afirmar que elas são aptas a serem realizadas sem a necessidade de mandado judicial, quando presentes os requisitos elencados, ou fundada suspeita, que será discutida a posteriori.

É de suma importância entender que abordagem policial e busca pessoal não são sinônimos. Frequentemente às vezes em que ambas se confundem, porém, destaca-se que a busca

pessoal é um instrumento muito mais invasivo. Conquanto a abordagem se caracteriza como uma aproximação com finalidade de fiscalizar, a busca pessoal se entende como a revista, pondo em xeque direitos como o direito a intimidade e à vida privada.

Na prática, podemos citar como exemplo a Apelação Criminal 0110636-95.2017.8.06.0001 do Tribunal de Justiça do Ceará TJ-CE. No caso em questão, a apelante recorreu com o fundamento de que os agentes realizaram uma busca pessoal ilegal, tendo em vista a inexistência de requisitos para a caracterização da fundada suspeita, entretanto o recurso foi desprovido, visto que, nos termos da relatora, há distinta diferença entre abordagem policial e busca pessoal, não sendo estes sinônimos:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR NULIDADE NA BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MERA ABORDAGEM POLICIAL. ENTREGA VOLUNTÁRIA DAS DROGAS AOS AGENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Insurge-se a ré requerendo a reforma da sentença para que seja decretada a sua absolvição por serem as provas constantes nos autos maculadas de nulidade, por ter havido busca pessoal ilegal. 2. A abordagem policial e a busca pessoal não são sinônimos. Em verdade, esta é espécie da qual aquela é gênero, diferença essa relevante ao caso concreto. A primeira ocorre quando um agente estatal se aproxima de um indivíduo, independentemente de fundada suspeita, dado que o propósito principal é a prevenção criminal pela presença e pela ostensividade policial. Já a segunda pressupõe uma suspeita mais concreta, pautada em fundadas razões que justifiquem a medida. 3. Destaco que o que ocorreu no caso concreto foi apenas uma abordagem policial, como entendeu o juízo de origem. Ademais, tanto em sede extrajudicial (fls. 11/12) quanto em juízo, a acusada não relatou qualquer coação por parte dos agentes, tendo as duas versões convergido. Além disso, em audiência judicial, afirmou que entregou voluntariamente a bolsa aos policiais. Tais fatos afastam a existência de ilegalidade. Portanto, tendo em vista a ocorrência de uma abordagem policial válida e a inexistência de busca pessoal ilegal, rejeito a tese defensiva suscitada. 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida (Ceará, 2023).

De acordo com Foureaux (2022, p.84), para complementar a acepção, verifica-se como busca pessoal “aquela realizada sobre o corpo do indivíduo e em seus pertences, como mochilas, bolsas, malas e veículos e tem por finalidade fiscalizar e garantir a segurança pública, prevenir e investigar o crime.”

Ainda salienta o autor que:

A busca pessoal se estende aos pertences pessoais do indivíduo e quando decorrer de mandado de prisão autoriza, inclusive, a apreensão do aparelho celular, ainda que não haja um mandado de busca e apreensão anterior que autorize a apreensão do celular, já que o cumprimento de mandado de prisão, por si só, na forma do art. 244 do Código de Processo Penal, autoriza a busca pessoal, a qual, por sua vez, abrange pertences pessoais, dentre os quais se incluem celulares que poderão ser apreendidos pelos

policiais e, posteriormente, ser solicitada autorização judicial para acessar as informações contidas no aparelho celular. Como a busca pessoal significa a realização de busca não somente no corpo da pessoa, mas também em seus pertences, seria de toda inócua a busca no celular se não fosse possível apreendê-lo para posterior investigação. Essa possibilidade de apreensão do aparelho celular em razão de busca pessoal deve ocorrer somente quando houver mandado de prisão ou de busca domiciliar ou situação de flagrante delito, não sendo possível na hipótese de busca decorrente de fundada suspeita em que nada de ilícito é localizado com o agente (Foureaux, 2022, p.84).

Destaca-se a não necessidade de fundada suspeita se a busca tem fundamento em mandado de prisão. Ademais, conforme o Art. 244 do CPP, a busca possui como objetivo a investigação ou procura de bens de origem ilícita.

A autora Cleonice Bastos Pitombo busca definir apropriadamente o ato da busca da seguinte forma:

Ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração (Pitombo, 2005, p. 109).

Ou nas palavras do autor Guilherme de Souza Nucci:

Pessoal é o que se refere ou pertence à pessoa humana. Pode-se falar em busca com contato direto ao corpo humano ou a pertences íntimos ou exclusivos do indivíduo, como a bolsa ou o carro. Aliás, a busca realizada em veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião etc.), que é coisa pertencente à pessoa, deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial (Nucci, 2024, p. 535).

Já no entendimento do doutrinador Aury Lopes Junior:

Logo, a busca é uma medida instrumental, cuja finalidade é encontrar objetos, documentos, cartas, armas, nos termos do art. 240, com utilidade probatória. Encontrado, é o objeto apreendido, para uma vez acautelado, atender sua função probatória no processo. A busca (que pode ser domiciliar ou pessoal, como se verá) encontra-se em constante tensão com a: inviolabilidade do domicílio; dignidade da pessoa humana; intimidade e a vida privada e incolumidade física e moral do indivíduo (Lopes Junior, 2024, p. 610).

Portanto, conclui-se que o objetivo da busca pessoal é vinculado a algo que seja relevante ao processo, ou seja, que demonstre a infração penal, podendo ser pessoas, coisas e lugares.

A doutrina classifica a busca pessoal em sua natureza jurídica como preventiva e processual. De acordo com Rodrigo Foureaux (2022), denomina-se busca pessoal preventiva ou administrativa aquela derivada do poder de polícia, amparada pelo ordenamento jurídico, que restringe e limita o exercício de direitos em busca da promoção ao bem comum.

Ainda ressalta que é uma ferramenta essencial juntamente ao policiamento ostensivo, sendo os dois um meio de preservar a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Como exemplo, podemos citar o policiamento de trânsito, mais especificamente a realização de blitz pela Polícia Militar, que decorre dos arts. 23, III e 269, § 1º do Código de Trânsito Brasileiro:

Em que pese a realização de *blitz* possuir como finalidade principal a fiscalização do trânsito e da regularidade do motorista e do veículo, as buscas eventualmente realizadas, sobretudo quando se verifica, no corpo do motorista ou dentro do veículo, se há objetos que possam colocar a integridade física dos policiais, possuem natureza preventiva e como fundamento o poder de polícia, por uma questão de segurança, em razão dos riscos decorrentes de uma fiscalização policial, o que deve ser verificado pelos próprios policiais que realizam a blitz, sobretudo se a blitz ocorrer em local de rota de fuga ou de alta incidência criminal (Foureaux, 2022, p. 86).

Ou o Art. 158 da Lei n. 14.597, de 14 de junho de 2023, que dispõe a 995, na forma da letra da lei:

Art. 158. São condições de acesso e de permanência do espectador no recinto esportivo, independentemente da forma de seu ingresso, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:

(...)

III - consentir com a revista pessoal de prevenção e segurança (Brasil, 2023b).

O Decreto Federal nº 7.168, de 5 de maio de 2010, aborda o “Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita”. Em seu art. 116, é estabelecido que as buscas pessoais devem ser realizadas com o objetivo de identificar itens suspeitos em passageiros que, após os procedimentos de inspeção de segurança, ainda levantem suspeitas. O art. 117 regulamenta a possibilidade de inspeção manual de bagagens para identificar qualquer item suspeito detectado durante a inspeção por raio-x ou detector de traços de explosivos.

Já o Decreto-Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre imposto de importação e serviços aduaneiros, estipula em seu art. 37, § 4º, que “A autoridade aduaneira poderá proceder às buscas em veículos necessárias para prevenir e reprimir a ocorrência de infração à legislação[...]” (Brasil, 2003).

Por fim, a Resolução n. 515, de 8 de maio de 2019, da Agência Nacional de Aviação Civil, versa sobre os procedimentos de inspeção de segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita em aeroportos, prevendo a realização de buscas pessoais nas hipóteses definidas em lei.

Todas se tratam de uma busca pessoal preventiva de natureza administrativa que decorre do poder de polícia. Também podemos mencionar brevemente as revistas privadas, em que a busca é derivada de uma relação contratual.

O fundamento legal se encontra no art. 6, I do Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, como um direito básico ao consumidor: “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivo” (Brasil, 1990). Portanto, esta revista é classificada como uma busca pessoal preventiva iminentemente privada.

As buscas privadas não são configuradas como atos administrativos, pois não emanam do poder público, portanto, não possuem as características clássicas deste ato. Indo além, as buscas privadas têm origem em sua natureza contratual, sendo vedada outro tipo de busca pelo particular. Podemos ter uma noção sobre a busca privada nos seguintes trechos:

Os policiais previstos no art. 144 da Constituição Federal possuem, dentro de suas atribuições, legitimidade para realizarem buscas pessoais sempre que houver fundada suspeita, pois atuam em nome do estado que possui o poder de polícia (Foureaux, 2022, p.100).

(...)

A contratação de segurança privada por particulares para a defesa pessoal e de seu patrimônio apenas pode envolver o manejo de poderes privados. **Não implica a delegação de poderes públicos a particulares para o exercício de segurança privada.**

As empresas de segurança privada atuam no âmbito do direito privado e exercem poderes privados. Daí que os poderes de defesa podem exercer **são apenas aqueles tolerados pelo direito privado e que têm o seu uso da força no contexto de legítima defesa e de flagrante delito** (Foureaux, 2022, p.101, *apud* Pietro, 2022, p. 352, 355).

Por último, mas não menos importante, a figura da busca pessoal de natureza processual é expressa no art. 244 do Código de Processo Penal, também pode ser encontrada nos arts. 180, 181 e 182 do Código de Processo Penal Militar.

A busca de natureza processual independe de autorização judicial quando houver a presença dos seguintes requisitos: “no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.” (Brasil, 1941).

Temos a presença de três elementos que autorizam a realização da busca pelo agente de segurança pública. Em caso de prisão em flagrante delito, é de fácil imaginação que esta deve

ocorrer principalmente por uma questão de segurança dos agentes e de terceiros. Também é passível de acontecer antes do encarceramento, com o mesmo fundamento.

A hipótese da fundada suspeita, como principal tema deste trabalho e devido à sua complexidade, será analisada e discutida em tópico próprio. Dando continuidade, em caso de busca domiciliar, ainda que a busca pessoal não conste no mandado, esta pode ocorrer, pois os indivíduos podem estar escondendo produtos de origem ilícita em suas vestes.

Mencionando brevemente o art. 182, do Código de Processo Penal Militar, o artigo dispõe que a busca pessoal poderá ocorrer na presença de juiz ou presidente do inquérito, medida esta não prevista no Código de Processo Penal.

Ainda que a busca decorrente do Código de Processo Penal seja de natureza processual, dependendo da ocasião, pode possuir caráter eminentemente preventivo e investigativo, como descrito por Foureaux:

A **busca pessoal de natureza processual** em razão da **prisão** é de natureza investigativa e preventiva, por visar averiguar se o agente possui algum objeto ilícito, bem como evitar que esteja com qualquer objeto que coloque em risco a integridade dos policiais, de terceiros e a própria integridade.

Quando **decorre da fundada** suspeita pode, igualmente, ser de natureza preventiva e investigativa, pois se o agente porta um objeto ilícito, como arma e drogas, a busca visará apreender esse objeto com fins investigativos, além de prevenir a ocorrência de crimes, como a prática de roubo ou homicídio que poderá estar em vias de ser praticado. O mesmo raciocínio se aplica às **buscas domiciliares** (Foureaux, 2022, p. 93–94).

Para concluir, no que tange à necessidade de autorização judicial, caso não estejam presentes os requisitos elencados no art. 244 do Código de Processo Penal e arts. 180, 181 e 182 do Código de Processo Penal Militar, é imprescindível a necessidade de autorização da autoridade judiciária.

Podemos citar como exemplo o indivíduo que não está em fundada suspeita e que rotineiramente circula pela localidade. Outro exemplo é o parlamentar com foro por prerrogativa de função, que exige a necessidade de mandado de busca e apreensão para sofrer a abordagem.

3.3 Fundada Suspeita

O termo “Fundada Suspeita” se demonstra um tanto vago e genérico para a realização da busca pessoal, ato este que restringe e limita direitos individuais como a liberdade de

locomoção, além de ser extremamente invasivo, e possivelmente causando constrangimento ao indivíduo que é abordado.

Araujo destaca a tensão causada pelas abordagens no seguinte trecho:

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, na corporação policial. Por isso, a abordagem policial é fator primordial no desenvolvimento da atividade das instituições policiais (Araujo, 2008, p.17 *apud* Cruz, 2018, p. 24).

Ao tentar conceituar tão polêmico termo, é evidente o vácuo causado pela omissão do legislador. Como a lei não define os parâmetros para a configuração da fundada suspeita, este problema tenta ser sanado pela jurisprudência e doutrinas. Foureaux (2022, p.107) leciona ao falar que: “Os tribunais pouco se debruçam a respeito do conceito de fundada suspeita, sendo encontrados poucos julgados, de forma que não é possível afirmar que há jurisprudência a respeito do tema, mas sim precedentes.”

Na concepção de Ramos e Masumeci (2005), a ausência da legislação pode ser sentida diariamente:

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, Musumeci, 2005, p. 54).

O autor Guilherme de Souza Nucci tenta conceituar a fundada suspeita, em que esta pode ser definida como:

Suspeita é a desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige que seja fundada a suspeita, o que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como ele mesmo visualizar uma saliência sobre a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver (Nucci, 2024, p. 535).

Já Marcelo de Lima Lessa conceitua nos seguintes termos:

A fundada suspeita “provém da análise, em parte objetiva, do conjunto comportamental do averiguado, cuja realização se baseia na experiência profissional e na capacidade de percepção adquirida pelo policial na constância da sua atividade, a qual possibilita a identificação de condutas e situações concretas que justifiquem a abordagem e a busca” (LESSA, 2018).

Apesar da tentativa de conceituação por parte de doutrinadores, ainda é fato que pouco se discute sobre este tema, gerando desconforto e incerteza no meio da segurança pública. Entretanto, analisando as falas, é de comum acordo que a caracterização da fundada suspeita se baseia apenas em fatores objetivos e concretos.

A existência de fatores objetivos é corroborada pela fala de Foureaux (2022, p. 114) nos seguintes termos:

Suspeita é uma suposição, uma imaginação, uma desconfiança. É um elemento frágil. Note que por ser a abordagem policial uma medida invasiva, não é suficiente a simples “suspeita”, sendo necessário que esta seja fundada, indo além da suposição, imaginação e da desconfiança, como um volume na cintura, uma denúncia anônima, uma ligação 190 com passagem de informações, dentre os fatores abordados acima ao tratarmos do local, contexto e comportamento do indivíduo. O tirocínio policial não é aceito pela doutrina e jurisprudência como “fundada suspeita” para legitimar a abordagem policial, mas do tirocínio policial é possível diligenciar e observar o indivíduo com o fim de possuir elementos objetivos que legitimarão a busca pessoal (Foureaux, 2022, p. 114).

Esse fato ainda é ratificado por precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como o RHC 158.580/BA, julgado em 19/04/2022. Apesar do que foi falado até este momento, o conceito de fundada suspeita ainda varia sob a ótica da autoridade judicial que irá julgar o caso, aumentando exponencialmente a insegurança jurídica sobre este tema.

Ainda de acordo com o autor, o local, contexto e comportamento podem ser caracterizados como critérios para a consumação da fundada suspeita:

Local: os policiais que trabalham na rua conhecem, objetivamente, os locais de maior incidência criminal e que apresentam maiores riscos para os transeuntes, comércio, veículos em circulação, residências. Esse conhecimento do policial não pode ser desprezado, pois decorre de dados objetivos (índices de criminalidade) e da experiência profissional que é adquirida ao longo do tempo, o que se denomina “tirocínio”. Tome como exemplo uma busca pessoal realizada em um local conhecido como “ponto de tráfico” (boca de fumo). A presença de um indivíduo, por si só, nesse local, justifica a abordagem policial.

Contexto: o contexto refere-se a todas as circunstâncias do fato e conhecimento, por parte dos policiais, do que está ocorrendo na região no momento da abordagem. Cada contexto enseja uma fundada suspeita diversa. Se houve um roubo a mão armada sendo passadas as características de que houve a participação de dois agentes, um com camisa preta, de cor branca e o outro alto e magro, pessoas com características semelhantes poderão ser abordadas pelos policiais. Por outro lado, se não houve nenhuma notícia da prática de crime, mas moradores informam à polícia que há uma pessoa desconhecida no bairro, com um volume na cintura, há indicativos de fundada

suspeita que legitima a busca pessoal. A depender da cidade e do bairro em que os policiais trabalham, estes conhecem todos os moradores, inclusive, pelo nome, sendo justificável a abordagem policial de desconhecidos em uma determinada rua pacata e frequentada somente por moradores locais.

Comportamento do indivíduo: o comportamento do indivíduo é, certamente, um dos principais fundamentos para se realizar a abordagem policial. O nervosismo, a mudança de trajeto e a dispensa de objetos ao visualizar a viatura policial, correr da polícia, o cheiro de droga, a alta velocidade no trânsito em via de baixa velocidade e o fato de possuir qualquer sinal de anormalidade no local em que está, como objetos volumosos em partes do corpo, são fundamentos que caracterizam a fundada suspeita e legitima a abordagem policial (Foureaux, 2022. p. 112–113).

Ao se tratar de “tirocínio policial”, encontra-se uma forte polêmica em torno do termo. Conforme o entendimento dos tribunais, este não justifica a busca pessoal, entretanto, também não é algo que pode ser ignorado no âmbito da atuação policial.

O Tirocínio Policial é nada mais que a experiência profissional do agente de segurança pública, resultado de anos de atividade policial. Conforme as palavras de Marcelo de Lima Lessa:

Já a chamada “experiência profissional” e “a capacidade de percepção adquirida pelo policial na constância da sua atividade que possibilitam a identificação de condutas e situações concretas que justificam a abordagem e a busca”, nada mais são do que a consagração do “tirocínio policial”, isto é, a prática e a habilidade de discernir adquirida na constância da atividade, dada a permanente lida com os infratores e os subterfúgios por eles usados para a prática de infrações penais. Isso ajuda o agente a criar um juízo objetivo que dará a ele a base para a formação da fundada suspeita, a qual, como vimos, é necessária para a busca pessoal (Lessa, 2018).

O tirocínio deve estar alinhado com outro fator que objetive e embase a fundada suspeita. É necessário que o policial declare expressamente os motivos que levaram a busca, sob pena de acarretar ilegalidade das provas colhidas e conseqüente nulidade na ação penal, com base no art. 157 do CPP, e sem prejuízo das sanções cabíveis ao agente, se houver.

Quanto aos pressupostos de legitimidade da busca pessoal com base na fundada suspeita, Aury Lopes Jr. (2024, p.634) tece críticas ferrenhas:

Trata-se de ranço autoritário de um Código de 1941. Assim, por mais que se tente definir a “fundada suspeita”, nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem⁶¹⁶. Elementar que os alvos são os clientes preferenciais do sistema, por sua já conhecida seletividade. Eventuais ruídos podem surgir quando se rompe a seletividade tradicional, mas dificilmente se vai além de mero ruído. Daí por que uma mudança legislativa é imprescindível para corrigir tais distorções.

Apesar de parte da doutrina pressupor a existência de outros tipos de busca pessoal, em que pese a jurisprudência, esta estabeleceu como limite a imposição da medida com base na

legislação processual. Portanto, atualmente, se tem pacífico que a busca necessita estar de acordo com o Código de Processo Penal.

3.4 Fundadas Razões e ingresso em domicílio.

Cabe salientar que apesar do Art. 240 do CPP também mencionar a busca pessoal, esta traz um termo muito interessante em seu corpo:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando **fundadas razões** a autorizarem [...] (Brasil, 1941).

Enquanto o Art. 244 menciona a figura da fundada suspeita, o Art. 240 exige a presença de fundadas razões para ingresso em domicílio. Estes termos podem gerar confusão quanto à sua diferença e caracterização, principalmente pela omissão do legislador em diferenciá-las.

De acordo com Capez (2024), o conceito de domicílio se figura bem mais amplo que o conceituado no direito civil:

A expressão domicílio não tem, nem pode ter, o significado a ela atribuído pelo direito civil, não se limitando à residência do indivíduo, ou seja, o local onde o agente se estabelece com ânimo definitivo de moradia (art. 70), tampouco ao lugar que a pessoa elege para ser o centro de sua vida negocial. A interpretação deve ser a mais ampla e protetiva possível, consoante o disposto no § 4º do art. 150 do CP e o art. 246 do CPP. Domicílio, portanto, para fins de inviolabilidade, será qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou qualquer compartimento não aberto ao público, no qual se exerce profissão ou atividade [...] (Capez, 2024, p. 250).

Conforme o entendimento das correntes doutrinárias, tem-se que o termo “fundada suspeita” é algo muito mais vago. Ademais, fundadas razões exigem a necessidade de algo muito mais concreto, como indícios suficientes de materialidade e autoria da prática de um crime.

Nas palavras de Norberto Avena (2018):

Por **fundadas razões** compreende-se o conjunto de elementos objetivos que permitem ao juiz formar sua convicção quanto a possuir, efetivamente, o indivíduo, em seu domicílio, o material objeto da diligência. Já por **fundadas suspeitas** entende-se a desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, diferindo, pois, do conceito de fundadas razões, que requer uma maior concretude quanto à presença dos motivos que ensejam a busca domiciliar. A motivação, na busca pessoal, encontra-se no subjetivismo da autoridade que a determinar ou executar (Avena, 2019, p. 614).

A título de complementação, temos o tema 280: Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão, decorrente do Recurso Extraordinário 603616/RO do Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015 e publicado em 10/05/2016:

Ementa: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso (Brasil, 2015).

Portanto, tem-se que o uso indistinto desses termos é prejudicial, pois enquanto um autoriza a busca pessoal sem mandado judicial, mas não autoriza o ingresso na residência, o outro permite a busca e a violação do domicílio. Como exemplo de jurisprudência, podemos utilizar o Agravo Regimental no Habeas Corpus 720471 SP, situação essa de busca pessoal amparada em fundadas razões:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. APETRECHOS. ENVOLVIMENTO HABITUAL COM A NARCOTRAFICÂNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

IRRELEVÂNCIA. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. INTELIGÊNCIA POLICIAL. ATITUDE SUSPEITA DO AGENTE. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A imprescindibilidade da prisão preventiva justificada no preenchimento dos requisitos dos arts. 312, 313 e 315 do CPP impede a aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP. 2. A apreensão de instrumentos geralmente utilizados nas atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes (balança de precisão, embalagens, caderno de anotações), de expressiva quantidade de dinheiro e de elevada quantidade e variedade de drogas evidencia o envolvimento habitual do agente com a narcotraficância. 3. As condições pessoais favoráveis do agente não impedem, por si sós, a manutenção da segregação cautelar devidamente fundamentada. 4. Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, **ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar**. 5. A busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto. 6. Agravo regimental desprovido (Brasil, 2022a, p. 1).

Vale destacar a aparente mudança quanto aos requisitos para caracterização de fundadas razões. A jurisprudência se encontrava pacífica no que tange a inviolabilidade domiciliar, pois situações como evadir-se ao avistar a viatura, apesar de fundamentar a realização da busca pessoal, não fundamentava fundadas razões e conseqüente ingresso em domicílio (vide HC n. 877.943/MS):

7. Não se ignora, naturalmente, que esta Corte vem rechaçando a validade de buscas domiciliares realizadas com base apenas no fato de o suspeito haver corrido para dentro de casa ao avistar uma guarnição policial. Também não se desconhece a recente decisão proferida sobre o tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 169.788/SP. É importante notar, porém, que, ao contrário do que noticiaram alguns veículos de informação, embora a ordem de habeas corpus não haja sido concedida pela Suprema Corte, não houve maioria no colegiado para estabelecer a tese de que a fuga do suspeito para o interior da residência ao avistar a polícia justifica, por si só, o ingresso domiciliar. Assim, por imperativo de coerência, é necessário esclarecer o motivo pelo qual essa atitude, embora não justifique uma busca domiciliar sem mandado, pode justificar uma busca pessoal em via pública. Para isso, é preciso invocar a noção de standards probatórios, os quais devem seguir uma tendência progressiva, de acordo com a gravidade da medida a ser adotada. 8. Enquanto a proteção contra buscas pessoais arbitrárias está no Código de Processo Penal (art. 244) e decorre apenas indiretamente das proteções constitucionais à privacidade, à intimidade e à liberdade, a inviolabilidade do domicílio está prevista expressamente em diversos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos e na Constituição Federal, em inciso próprio do art. 5º, como cláusula pétrea, além de a afronta a essa garantia ser criminalizada nos arts. 22 da Lei n. 13.869/2019 e 150 do Código Penal. É bem verdade que buscas pessoais são invasivas e que algumas delas eventualmente podem ser quase tão constrangedoras quanto buscas domiciliares; no entanto, não há como negar a diferença jurídica de tratamento entre as medidas. 9. O art. 5º, XI, da Constituição Federal exige, para o ingresso domiciliar sem mandado judicial - ressalvadas as hipóteses de "prestar socorro" ou "desastre" -, a existência de flagrante delito, e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 280, reputou necessário haver "fundadas razões" prévias quanto à existência de situação flagrancial no interior do imóvel.

Assim, embora o STF não haja imposto um standard probatório de plena certeza, trata-se de uma exigência elevada quanto à provável existência de flagrante delito, diante da ressaltada dimensão que a proteção domiciliar ocupa e da interpretação restritiva que se deve atribuir às exceções a essa garantia fundamental. E, ao contrário do que se dá na busca pessoal, o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência.

10. Já no que concerne às buscas pessoais, apesar de evidentemente não poderem ser realizadas sem critério legítimo, o que a lei exige é a presença de fundada suspeita da posse de objeto que constitua corpo de delito, isto é, uma suspeição razoavelmente amparada em algo sólido, concreto e objetivo, que se diferencie da mera suspeita intuitiva e subjetiva (Brasil, 2024a).

Logo, o indivíduo correr ao avistar a viatura não justificará o ingresso na residência, pois não caracterizará fundadas razões. Entretanto, aparentemente esse posicionamento foi recentemente alterado por parte do STF em Embargo de Divergência no Recurso Extraordinário 1491517 AgR-EDv:

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedentes os presentes embargos de divergência para cassar o acórdão embargado da Segunda Turma deste Supremo Tribunal e a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes por ela mantida, e dar provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal para cassar o acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento do Pedido de Reconsideração, recebido como Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 802.540, e a decisão objeto desse recurso, do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, que concedeu a ordem “para, reconhecida a ilegalidade na invasão de domicílio e das eventuais provas daí decorrentes, cassar os julgamentos prolatados pelas instâncias de origem e determinar o retorno dos autos à primeira instância para que profira novo julgamento, como entender de direito, com determinação para imediata soltura do agente, salvo se custodiado por outro motivo”. Como consequência do presente julgamento, ficam consideradas válidas as provas obtidas na prisão em flagrante do embargado Matheus Rezende Lima Almeida, restabelecendo-se a decisão do juízo da Segunda Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Assis/SP no Processo n. 1502788-97.2022.8.26.0047, pela qual assentada a licitude da atuação dos policiais na diligência da prisão em flagrante do embargado e convertida essa prisão em preventiva (Brasil, 2024b).

Nos ditames da fala da Ministra Carmen Lucia em minuta de voto:

Na espécie, tem-se que os policiais militares “receberam denúncia anônima de tráfico de drogas junto à residência de MATHEUS, foram ao local e avistaram, de longe, o investigado e o adolescente, os quais estavam juntos colocando drogas em uma sacola. Ao avistarem a viatura policial, correram para o interior da casa. Os policiais ingressaram no imóvel, abordaram o adolescente no quintal e com ele foram localizadas 4 porções grandes de ‘maconha’. MATHEUS foi localizado no banheiro, tentado dar descarga para livrar-se das drogas, localizando-se com ele 5 porções grandes de ‘maconha’ e ‘crack’, R\$ 128,00 e um telefone celular”. Foi ressaltado que a “quantidade de droga apreendida, embora não seja vultosa, não é insignificante (9 porções de ‘crack’, pesando 2,94g, e 24 porções de ‘maconha’, com peso de 416,04g, conforme laudo a fls. 52/54). Ademais, além da quantidade da droga, somasse a isso a natureza da substância apreendida e, notadamente, o fato de o custodiado, no momento da prática delitiva, haver envolvido o menor que o acompanhava”.

Portanto, os policiais realizaram a abordagem pessoal e a busca domiciliar por terem fundadas razões para suspeitar de situação de flagrante do crime de tráfico de drogas, após o embargado ter empreendido fuga para o interior da residência para se furtar à operação policial.

As informações do processo revelam haver elementos fáticos a justificar a atuação policial.

Pela conclusão do juízo de origem e do Tribunal de segunda instância é incontroverso, na espécie, sem necessidade de reexame de fatos e provas a atrair a incidência da Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal, que os policiais ingressaram na residência do embargado Matheus Rezende Lima Almeida somente após fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas, decorrentes não apenas de denúncias anônimas, mas também da fuga empreendida por ele para o interior de residência, conhecida como ponto de venda de entorpecentes, após visualizar os agentes. Dessa forma, sendo permanente o crime de tráfico e havendo fundadas razões para ingresso na residência do embargado, a busca domiciliar nos imóveis, na espécie, não configura contrariedade ao inc. XI do art. 5º da Constituição da República (Brasil, 2024b).

Em conclusão, até o presente momento, apenas resta aguardar novos capítulos quanto ao posicionamento dos tribunais superiores, em que pese os requisitos aptos a ingresso em domicílio por fundadas razões.

4 STANDARD PROBATORIO E A LEGITIMIDADE DAS ABORDAGENS POLICIAIS

Retomando o que já foi dito no presente trabalho, diversas vezes fora salientado que a busca pessoal processual (Art. 244 do CPP) “[...] 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 [...]” (Brasil, 1941, grifo nosso). Ocorre que, o legislador, ao criar o instituto da fundada suspeita, não se preocupou em estabelecer os critérios para sua caracterização.

Esse vácuo legislativo se torna o ponto de origem de inúmeras controvérsias, pois a inexistência de parâmetros objetivos prejudica a efetiva atuação policial, gerando desordem e caos no ambiente de segurança pública. Cabe então ao judiciário, por meio de controle de legalidade posterior a efetiva busca, a definição de critérios para sua caracterização.

É evidente a problemática do caso em questão. A omissão legislativa incumbe ao judiciário a definição de parâmetros para a atuação policial por meio de precedentes judiciais, em uma espécie de poder regulamentar velado, função esta estranha a atividade contenciosa.

O Art. 244 do Código de Processo Penal tem sido tema recorrente nas crônicas jurídicas. Tais debates frequentemente se estendem ao meio acadêmico, gerando discussões acaloradas. Em um país marcado por constantes conflitos entre direitos fundamentais, novamente estão em voga direitos individuais e coletivos.

A questão da busca pessoal é pouco estudada, ao passo que poucos são os que buscam entendê-la além da letra da lei. A problemática abordada no presente trabalho se consubstancia nos requisitos aptos para a realização da busca pessoal e a consequente legitimidade da atuação policial.

O Recurso Ordinário em Habeas Corpus 158580-BA, do Min. Rel. Rógério Schietti Cruz, julgado em 19/04/2022, foi objeto de discussão no ambiente de segurança pública ao tentar delimitar os parâmetros do “standard probatório” da fundada suspeita, requisito necessário para a busca pessoal:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE "ATITUDE SUSPEITA". INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento "fundada suspeita de posse de corpo de delito" seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência (Brasil, 2022b).

No caso, a guarnição policial apreendeu porções de maconha e cocaína na posse do autor ao revistá-lo, que resultou em sua prisão em flagrante. Entretanto, a guarnição não se preocupou em indicar os motivos concretos para a busca pessoal, além da vaga menção de suposta fundada suspeita.

Acontece que este tema não é recente no âmbito do judiciário. Há julgados que datam de 2002, com uma janela de tempo de 20 anos entre ambos. Como exemplo, podemos citar o Habeas Corpus n. 82.305-4 Goiás, do Min. Relator: Ilmar Galvão. O julgamento se deu em razão da condução de paciente que desobedeceu às ordens da guarnição policial militar, ao se recusar a sofrer busca pessoal. Após a recusa, o mesmo foi conduzido para lavratura do Termo

Circunstanciado de Ocorrência – TCO, que o autuou na prática do crime de desobediência (art. 330 do CP).

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 do 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. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo (Brasil, 2002).

Indo ainda mais a fundo, essa discussão se estende além do âmbito nacional. No caso *Fernández Prieto & Tumbeiro v. Argentina* (2020), a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que a Argentina violou a Convenção Americana de Direitos Humanos ao realizar revista pessoal fundamentada apenas em critérios subjetivos. Durante o julgamento, a Corte destacou que na ausência de elementos objetivos, a interpretação de determinada conduta ou aparência como suspeita, ou de reações ou reações corporais como nervosismo, está baseada nas convicções pessoais dos agentes e nas práticas das forças de segurança, o que implica um grau de arbitrariedade incompatível com o art. 7.3 da CADH. Segue resumo do caso:

46. Conforme consta do auto de prisão correspondente, em 15 de janeiro de 1998, por volta do meio-dia, o senhor Tumbeiro, eletricitista de 44 anos, foi abordado por agentes da Polícia Federal Argentina "para fins de identificação", enquanto transitava por uma rua da Cidade de Buenos Aires. Os agentes policiais perguntaram ao senhor Tumbeiro o que ele fazia no local, ao que respondeu que procurava equipamentos eletrônicos de reposição e "procedeu a entrega de seu documento de identidade". Ao notá-lo "extremamente nervoso", "após ser revistado por cima de suas roupas" em via pública, um dos agentes "convidou-lhe a entrar" na viatura "até que fosse comprovada sua identidade". Enquanto esperavam verificação o da existência ou não de antecedentes criminais, os agentes perceberam que o Sr. Tumbeiro “no meio de um jornal [...] portava consigo uma substância [...] branca semelhante ao cloridrato de cocaína”, razão pela qual requereram a presença de testemunhas e procederam à detenção. Segundo a versão policial, a atitude do senhor Tumbeiro "era suspeita" porque "sua vestimenta era incomum para a área e por mostrar-se evasivo perante a presença da viatura. Por sua vez, o Sr. Tumbeiro declarou que nesse dia vestia calça jeans e camisa, que os agentes policiais "puseram-no na viatura" e "jogaram-lhe a droga", e que até então não havia tido um "antecedente". O senhor Tumbeiro também foi obrigado a abaixar as calças e sua roupa íntima no interior da viatura (CIDH, 2020, p. 17).

Por conseguinte, no caso *Fernandez Prieto e Tumbeiro Vs Argentina*, a sentença visa estabelecer parâmetros na atuação policial. A corte local, após a sentença, estipulou que o Estado: fará os ajustes necessários em seu ordenamento jurídico interno no que tange às normas que permitem a detenção, inspeção de veículos ou revista pessoal sem ordem judicial; implementará plano de formação da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário e adotará um sistema de coleta de dados relativos a abordagens.

4.1 Precedentes judiciais

O acórdão da 6ª Turma do Tribunal de Justiça possui efeito Inter partes, isto é, não tem efeito vinculante, se limitando aos envolvidos no processo. Entretanto, é de competência do Poder Judiciário o controle jurisdicional da atividade de polícia ostensiva, com a finalidade de identificar excessos ou abusos.

Entretanto, a própria jurisprudência se contradiz em seu alinhamento. Em 2019, a 6ª Turma do STJ considerou válida a busca pessoal veicular após guarnição policial militar receber informações de que indivíduos prometeram retornar ao local armados, em que, após diligências, os mesmos foram localizados parados em via pública, às 1h da manhã:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Hipótese em que o Tribunal de origem, diante das circunstâncias peculiares do caso - veículo parado em atitude suspeita, durante a madrugada, com quatro indivíduos em seu interior - entendeu haver fundada suspeita para a realização da abordagem pessoal, que resultou na apreensão de arma de fogo.

A decisão vergastada está em consonância com o art. 244 do CPP e os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido são legítimos para fins de busca pessoal. Rever a conclusão do aresto necessitaria do reexame do conjunto probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

Agravo regimental não provido (Brasil, 2019).

No mesmo sentido, o acórdão de 2022, da 5ª Turma do STJ, validou a busca pessoal com base em denúncia anônima, situação em que foi encontrada maconha em posse do autor:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. BUSCA PESSOAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

II - Autorizada a prisão em flagrante pela legislação e jurisprudência pátria, **não há falar, no caso concreto, em situação ilegal pela existência de denúncia anônima, pela inexistência dos respectivos mandados de prisão e de apreensão do material ilícito**, pois tanto a prisão quanto a apreensão das drogas e outros ilícitos são mera

consequência lógica da situação de flagrância advinda da natureza permanente dos crimes em comento.

III - A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada "busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior". Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que "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". Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos.

IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, não há que falar em questão altamente subjetiva, mas no conjunto de fatores que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez "quando sua guarnição visualizou 02 duas pessoas desconhecidas, que a guarnição ao fazer a aproximação verificou que se tratava de um casal, que o homem ficou nervoso com a abordagem policial" (fls. 75), tendo sido encontrado em poder do paciente as drogas, dinheiro e o celular arrolados no processo. **Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada** (Brasil, 2022c, grifo nosso).

Contrariamente, no mesmo ano, a mesma Turma negou provimento ao agravo regimental do Ministério Público de Goiás, com fundamentos de inexistência de causa justificante para a busca pessoal com base em denúncias anônimas:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DENÚNCIA ANÔNIMA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL E INVESTIGAÇÃO MÍNIMA SOBRE OS FATOS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO POLICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS DAÍ DECORRENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO, EM CONFORMIDADE COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que, se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. **Assim, o fato de o acusado se amoldar ao perfil descrito em denúncia anônima e ter empreendido fuga ante a tentativa de abordagem dos policiais militares, não justifica, por si só, a invasão da sua privacidade, haja vista a necessidade de que a suspeita esteja fundada em elementos concretos que indiquem, objetivamente, a ocorrência de crime no momento da abordagem, enquadrando-se, assim, na excepcionalidade da revista pessoal** (HC 625.819/SC, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe de 26/2/2021).

2. Na hipótese, verifica-se que a prisão do recorrente se fundou, em um primeiro momento, em provas obtidas por meio de busca pessoal advinda de suposta "atitude suspeita", sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, e, posteriormente, na busca domiciliar realizada, especialmente, em razão de denúncia anônima, a qual não estava

acompanhada de elementos mínimos de provas, nem fora precedida de uma investigação. Ressalta-se, além da inexistência de qualquer referência à prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local, sequer havia movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas.

3. Assim, mantém-se a decisão que, em conformidade com o parecer do Ministério Público Federal, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para determinar o trancamento da ação penal n. 5173905-78.2020.8.09.0051, em razão da ilegalidade da busca pessoal e de todos os atos posteriores.

4. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Goiás a que se nega provimento (Brasil, 2022d, Grifo nosso).

É passível de se citar inúmeras outras decisões, porém, de forma a não nos prolongarmos ao assunto, já resta demonstrado que não há consenso no que tange a definição de fundada suspeita. Athilla Henrique Magalhães Bezerra (2023) comenta sobre a insegurança jurídica causada:

Ocorre que essa insegurança jurídica é danosa à sociedade, por afetar diretamente a atividade de segurança pública, que por sua vez é direito fundamental que permite aos cidadãos o exercício de inúmeros outros direitos fundamentais. Conforme demonstrado, as decisões em que as buscas pessoais foram consideradas inválidas, em sua maioria, relacionavam-se a crimes graves, tais como tráfico de drogas, crimes envolvendo armas de fogo ilegais, são infrações penais que violam a paz social, a saúde pública, a segurança das pessoas, entre outros bens jurídicos caros ao convívio social.

Do mesmo sentido é a fala do Ministro Gilmar Mendes, ao discorrer sobre busca pessoal e o exercício da segurança pública em Agravo Regimental 229.514, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Frisa-se também sua fala no Ag. Reg. ROHC 235.568/SP:

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 sério comprometimento do exercício da 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.

Importante frisar que, conforme inúmeros precedentes desta Corte, é minha posição pessoal a defesa ininterrupta dos direitos fundamentais contra o abuso do poder do Estado, evidenciado no exercício da atividade policial e de persecução penal (Brasil, 2023c, p. 4-5).

Com efeito, há uma corrente que pretende criminalizar o exercício da atividade policial e legalizar a prática de ilícitos: ilícita não seria a conduta do traficante, mas a do policial que o abordou.

Evidentemente, “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 do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de

elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, ‘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” (HC 81.305, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.2.2002).

A punição de criminosos, com efeito, deve ser feita nos limites da Constituição. Não se defende, aqui, e jamais se defendeu uma persecução penal paralela àquela desenhada pelo constituinte (Brasil, 2024c, p. 2).

É com base nas recentes jurisprudências que o Ministério da Justiça e Segurança Pública, ao discutir sobre novas diretrizes para abordagens policiais e o uso da força, busca reduzir possíveis arbitrariedades nas forças de segurança⁸, e de outra forma, melhorando também o mecanismo de persecução penal.

O atual planejamento é readequar a Portaria Interministerial 4.226/2010. A proposta, que ainda tramita internamente no MJSP, é discutida desde janeiro pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, com participação das polícias, de associações de agentes de segurança pública, dos secretários estaduais e dos Ministérios de Direitos Humanos e da Igualdade Racial.

Uma das principais ideias é a de que o policial informe de forma clara os motivos de estar revistando o cidadão e seus direitos constitucionais. Também é recomendado que o policial registre o nome da pessoa revistada, as razões da abordagem e os procedimentos adotados.

Apesar de não possuir poder vinculante, os que não aderirem estarão sujeitos a sanções, pois caso os governos estaduais desejem adquirir os recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública e do Fundo Penitenciário Nacional, deverão seguir o decreto.

4.2 Além da Busca Processual

O RHC 158.580, além de estabelecer os meandros legais da busca pessoal, também busca afastar o conceito de busca pessoal com finalidade preventiva: “O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.” (Brasil, 2022b).

⁸ CONJUR. Governo federal discute novas diretrizes para abordagens policiais. **Consultor Jurídico**, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-24/governo-federal-discute-novas-diretrizes-para-abordagens-policiais/>. Acesso em: 30 out. 2024.

Ocorre que este ato não é isento de críticas. Assis (2022) é um forte defensor da busca preventiva como ato da administração, ao afirmar sua existência em âmbito nacional:

Sim, no Brasil (e igualmente em outros países) existe a distinção entre a busca pessoal preventiva e a busca pessoal processual: a primeira (busca preventiva) tem por base o direito administrativo (poder de polícia relacionado à polícia ostensiva - art. 144, §5º, CF), enquanto a segunda (busca processual) fundamenta-se no art. 244, CPP. (Assis, 2022).

Igualmente, Botelho (2022) segue a mesma linha de raciocínio:

Ora, é a CRFB quem garante, de forma muito cristalina e nítida, a competência das Polícias Militares do Brasil, para que, em face do exercício do Poder de Polícia, e dentro de seus atributos, não somente possam, como devem abordar as pessoas em via pública e, por consequência, realizar sempre a busca pessoal, tendo em vista que ela, de molde algum, possuirá o condão de ser confundida com a atividade probatória; essa sim, que é a disciplinada pelo CPP.

Discorre Assis (2022) que não se deve confundir a motivação da busca preventiva, que é justificada pela realização do ato administrativo de polícia ostensiva, com a busca processual, que está relacionada com a prática de um crime, e a suspeita de que o indivíduo esteja em posse de abjetos que possam constituir corpo de delito.

De outro modo, como já dito, apesar da busca pessoal preventiva não poder ser vinculada de qualquer forma à fundada suspeita, ainda deve estar eivada dos princípios administrativos, como razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

O autor ainda destaca situações típicas de busca pessoal preventiva:

- Necessidade de se garantir a segurança dos próprios policiais e das pessoas que se encontram no local da ocorrência;
- Blitz preventiva de policiamento ostensivo em via pública;
- Revista em pessoas que desejam ingressar em espetáculos públicos com o objetivo de evitar a entrada de objetos que poderão ser utilizados para a prática de atos de violência (especialmente quando há histórico desse tipo de ocorrência);
- Atendimento ao chamado de populares (ainda que de forma anônima) de que pessoas estranhas estão na circunvizinhança tentando olhar o interior das residências através de brecha nos portões;
- Pessoa olhando, através dos vidros, o interior de vários veículos estacionados na rua;
- Ligação anônima de populares informando a chegada, durante a madrugada, de veículos em comboio na cidade (notadamente se existe histórico de ocorrência do “novo cangaço”);
- Solicitação de uma mulher, através do 190, informando que duas pessoas em uma moto estão perseguindo o seu veículo;
- Ligação de uma pessoa idosa (que mora sozinha), através do 190, informando que há um estranho na frente da sua casa há cerca de 20 minutos (Assis, 2022).

A missão da polícia ostensiva não está voltada ao policiamento repressivo. Constitucionalmente, sua atividade é dirigida à manutenção da ordem pública e à segurança da coletividade, isso porque opera com métodos dinâmicos e procedimentos com amplos poderes discricionários, tendo em vista que atua para impedir a violação da ordem e da segurança pública.

Outrossim, apesar de não haver expressa figura legal da busca como ato administrativo, esta já se encontra mencionada em julgados, temos como exemplo a Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABORDAGEM. POLÍCIAL MILITAR. DANO MORAL. A pessoa tem direito à segurança, conforme a regra da Constituição Federal, art. 5º, caput. No momento atual da sociedade o alto índice de criminalidade tem causado insegurança aos cidadãos. A abordagem policial, em face de motivo justificado, configura estrito cumprimento de dever legal. A obrigação de exercer a segurança pública é do Estado, a teor do art. 144 do CF. No caso, a ação dos policiais está justificada pelas circunstâncias do evento e não foi demonstrado o excesso ou abuso de autoridade. Indenização por dano moral negada. Recurso de apelação não provido (Rio Grande do Sul, 2013, p. 1).

A apelação cível nº 780905-8 do Tribunal de Justiça do Paraná discorre no mesmo sentido, demonstrando a distinta diferença entre a busca pessoal processual e preventiva:

O Estado possui o que denominamos de poder de polícia que nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello é “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar como fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativa” (Mello, 2008, apud Paraná, 2011).

É esse poder que permite aos policiais militares a realização de abordagens e revistas em civis quando entenderem necessário. No caso dos autos, a justificativa apresentada pelos policiais militares foi a de haver a “suspeita de ser um ponto de droga”. Ao contrário do que quer fazer crer o autor, suspeita não significa comprovação, significa, de acordo com o Dicionário Aurélio, “opinião, geralmente desfavorável, acerca de alguém ou algo, desconfiança, suposição”.

(...)

O artigo 240 do Código de Processo Penal trazido pelo apelante não tem nada haver com a “busca” que está a se tratar nos autos. A busca a que se refere o autor é meio de prova (que exige o requisito: fundada suspeita), enquanto que a “busca” que foi feita pelos policiais militares é um ato do exercício do poder de polícia que visa impor aos particulares um dever de abstenção, preservando a segurança e a ordem pública. (Paraná, 2011, p. 8-9).

De igual maneira, como já observado em capítulo próprio (p. 53-54), apesar da busca preventiva realizada pela Polícia Militar não possuir legislação específica, diversas outras buscas divergentes da processual são encontradas em nossa legislação brasileira. A própria

jurisprudência reconhece a busca pessoal no âmbito das normas administrativas, como o item 11, da Edição 146 da Lei de Drogas – IV:

Não viola o princípio da dignidade da pessoa humana a revista íntima realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória, quando houver fundada suspeita de que o visitante esteja transportando drogas ou outros itens proibidos para o interior do estabelecimento prisional (Brasil, 2019).

Objetivamente, a busca pessoal realizada pela polícia militar não possui finalidade investigatória e probatória, e sim fins preventivos. Por conseguinte, esta modalidade não pode e nem deve abrir espaço para o cometimento de ilegalidades. Como qualquer outro ato da administração, apesar de ser fundamentado no poder de polícia, que tem a capacidade de cercear direitos individuais em prol do coletivo, devem-se observar princípios que regem a administração pública, como a legalidade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou investigar profundamente a questão da legalidade das abordagens policiais no Brasil, especialmente no que tange à relação entre essas práticas e o cerceamento do direito de locomoção, um dos pilares fundamentais da Constituição Federal de 1988. A pesquisa abordou as implicações legais e práticas das abordagens realizadas pelas forças de segurança, destacando as controvérsias jurídicas e sociais que envolvem o uso do conceito de "fundada suspeita" como justificativa para essas ações.

Desde o início, ficou claro que as abordagens policiais desempenham um papel central na preservação da ordem pública e na prevenção de crimes. Elas são vistas como uma ferramenta necessária no combate à criminalidade, especialmente em um contexto de insegurança crescente em várias regiões do Brasil. No entanto, o que também emergiu com força durante a pesquisa é que essa prática, quando mal conduzida ou baseada em critérios vagos e subjetivos, pode se transformar em um mecanismo de violação de direitos fundamentais, afetando gravemente a liberdade individual de circulação.

A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito à liberdade de locomoção no Art. 5º, inciso XV, estabelece um marco legal robusto para a proteção desse direito. No entanto, a própria Constituição também reconhece a necessidade de limites, principalmente quando se trata de assegurar a segurança pública, que também é um direito fundamental garantido pelo Art. 144. Esse dualismo entre liberdade individual e segurança coletiva está no centro do debate sobre a legalidade das abordagens policiais e, conforme demonstrado ao longo do trabalho, é uma questão que gera profundas divisões tanto no campo jurídico quanto no social.

Uma das maiores controvérsias analisadas ao longo do trabalho reside no conceito de "fundada suspeita", previsto no Código de Processo Penal, que serve como base legal para a realização de buscas pessoais e abordagens sem a necessidade de um mandado judicial. A "fundada suspeita", no entanto, não possui uma definição clara e objetiva na legislação, o que gera uma série de problemas na sua aplicação prática. A ausência de critérios específicos abre margem para interpretações amplamente subjetivas por parte dos policiais, permitindo que as abordagens sejam realizadas com base em impressões vagas ou até preconceituosas.

Esse cenário é agravado pela divergência de entendimentos no próprio Poder Judiciário. A pesquisa revisitou importantes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), que revelam uma falta de uniformidade na interpretação do que

configura uma abordagem legal. O STJ, por exemplo, tem adotado uma postura mais garantista em casos onde a "fundada suspeita" é respaldada por elementos objetivos, considerando ilegais abordagens baseadas apenas na impressão subjetiva dos policiais. Já o STF, em decisões recentes, tem reconhecido o valor preventivo das abordagens policiais, entendendo que certos comportamentos, como a fuga ou gestos suspeitos, podem justificar a intervenção policial sem a necessidade de um mandado.

Essa falta de consenso entre os tribunais superiores reflete um dilema jurídico e social profundo: como equilibrar o direito à liberdade de locomoção com a necessidade de garantir a segurança pública? Esse dilema é ainda mais complexo em um país como o Brasil, onde os índices de criminalidade são altos e a sensação de insegurança é uma constante na vida de muitos cidadãos. A questão que se impõe, portanto, é como as abordagens policiais podem ser conduzidas de forma eficaz e legítima, sem que isso implique em uma violação dos direitos individuais.

Por outro lado, foi demonstrada uma corrente que alega a existência da busca pessoal como ato da administração pública, que independe da fundada suspeita situada no Código de Processo Penal. Para esta corrente, a busca pessoal processual possui finalidade probatória e investigatória, finalidades totalmente estranhas à atividade ostensiva e preventiva. A busca pessoal preventiva, por outro lado, quando realizada como um ato administrativo, é entendida como uma manifestação do poder de polícia, uma prerrogativa que o Estado exerce com o objetivo de prevenir a criminalidade e assegurar a ordem pública. Nesse sentido, as polícias militares, sob o comando do Poder Executivo, são encarregadas de executar esse tipo de medida no âmbito de seu policiamento ostensivo.

Como ato administrativo, a busca preventiva deve observar os princípios que regem a administração pública, como a legalidade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade. Isso significa que a busca pessoal só pode ser realizada dentro dos limites estabelecidos pela lei, não podendo ser conduzida de forma arbitrária ou abusiva. É necessário que haja uma motivação objetiva e fundamentada que justifique a medida, como um comportamento suspeito ou uma denúncia concreta, evitando assim que a busca se baseie em critérios subjetivos ou preconceituosos.

Dentro desse contexto, o Garantismo Penal, especialmente na sua vertente integral, surge como uma importante ferramenta teórica para enfrentar esse desafio. Baseado nos princípios desenvolvidos por Luigi Ferrajoli, o garantismo propõe uma limitação clara ao poder punitivo

do Estado, estabelecendo que este só deve intervir quando houver justificativas legais inequívocas e proporcionais. No caso das abordagens policiais, a atuação das forças de segurança deve estar sempre pautada por critérios objetivos, evitando que o arbítrio ou a discricionariedade excessiva transformem o que deveria ser uma prática de proteção em uma violação dos direitos dos cidadãos.

O Garantismo Integral, que combina tanto uma face negativa (limitação do poder punitivo) quanto uma face positiva (obrigação do Estado de proteger os direitos dos cidadãos), oferece um caminho promissor para equilibrar a tensão entre liberdade e segurança. De acordo com essa visão, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais e evitar intervenções arbitrárias, mas, ao mesmo tempo, tem a obrigação de garantir a segurança pública, desde que essa proteção não seja alcançada por meio de abusos ou excessos.

A implementação prática de um garantismo integral nas abordagens policiais exigiria, antes de tudo, uma reformulação do conceito de "fundada suspeita". Essa reformulação deve passar pela criação de critérios mais claros e objetivos que orientem a atuação dos policiais, garantindo que suas ações sejam sempre baseadas em evidências concretas e não em impressões subjetivas. Além disso, seria necessário um fortalecimento do controle externo das atividades policiais, garantindo que os abusos sejam devidamente punidos e que as instituições de segurança sejam constantemente supervisionadas por órgãos independentes.

Nesse sentido, a mudança não deve limitar-se à esfera jurídica. É necessário promover uma transformação cultural dentro das instituições policiais, baseada no respeito aos direitos humanos e na valorização do diálogo e da mediação de conflitos. A formação e o treinamento contínuos dos agentes de segurança são essenciais para garantir que eles estejam capacitados para lidar com situações complexas de forma técnica e imparcial, evitando que o uso da força se torne a solução padrão para os problemas de segurança.

Além disso, o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público é crucial na construção de uma sociedade mais justa e segura. Essas instituições devem ser firmes na aplicação dos princípios constitucionais, garantindo que as abordagens policiais sejam realizadas dentro dos limites da legalidade e punindo rigorosamente os abusos. Somente com uma atuação coordenada entre o Legislativo, o Judiciário e as forças de segurança, será possível estabelecer um sistema de segurança pública que respeite os direitos dos cidadãos e, ao mesmo tempo, seja eficaz na prevenção e repressão de crimes.

Por fim, as abordagens policiais devem ser vistas como uma oportunidade de construir uma relação de confiança entre o Estado e a população. Quando realizadas de forma respeitosa, transparente e dentro dos parâmetros legais, elas podem se transformar em um instrumento de proteção e não de opressão. Essa mudança de paradigma é fundamental para que a segurança pública no Brasil seja realmente um direito de todos e não um privilégio de poucos.

Concluindo, este trabalho demonstrou que a legalidade das abordagens policiais e a proteção do direito de locomoção são questões interligadas e que exigem uma atenção cuidadosa por parte de todas as esferas do poder. O Garantismo Penal oferece uma base teórica sólida para enfrentar os desafios impostos por essa tensão, propondo um equilíbrio entre a liberdade individual e a segurança coletiva. Contudo, esse equilíbrio só será alcançado com uma reforma legislativa que defina melhor os critérios para as abordagens policiais, uma formação adequada dos agentes de segurança e um controle rigoroso das suas atividades. Somente assim será possível garantir que a segurança pública no Brasil esteja verdadeiramente a serviço dos cidadãos e dos valores democráticos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, José Wilson Gomes de. Busca pessoal preventiva. **Observatório da Justiça Militar Estadual**, Belo Horizonte, MG, 2022. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/busca-pessoal-preventiva>. Acesso em: 29 out. 2024.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 316-335, 2003. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: 22 out. 2024

ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. Teoria geral do garantismo: considerações preliminares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8037>. Acesso em: 20 out. 2024.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Método, 2019.

BEZERRA, Athilla Henrique Magalhães. A busca pessoal e seus pressupostos legitimadores. **Instituto Rogério Grecco**, 29 out. 2023. Disponível em: <https://institutorogeriogreco.com.br/2023/10/28/a-busca-pessoal-e-seus-pressupostos-legitimadores/>. Acesso em: 22 out. 2024

BOMFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 22 out. 2024

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 out 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 83, p. 16962, 04 out. 1983. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm#:~:text=Aprova%20o%20regulamento%20para%20as,Art%20. Acesso em: 23 out. 2024

BRASIL. Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Imposto de Importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 66, p. 13403, 21 nov. 1966. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-37-18-novembro-1966-375637-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 out. 2024

BRASIL, Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 69, p. 8940, 21 out. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, ano 41, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Edição 126**. Lei de Drogas. Brasília, DF, 31 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 12755, 13 dez. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.898%20DE%209%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201965.&text=Regula%20o%20Direito%20de%20Representa%C3%A7%C3%A3o,casos%20de%20abuso%20de%20autoridade. Acesso em: 23 out. 2024

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário. **Diário do Congresso Nacional**: Seção

1, Brasília, DF, ano 66, p. 5801, 25 out. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.172%2C%20DE%2025%20DE%20OUTUBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio,%C3%A0%20Uni%C3%A3o%2C%20Estados%20e%20Munic%C3%ADpios. Acesso em: 23 out. 2024

BRASIL. Lei n.º 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. **Diário Oficial da União**: seção 1, edição extra, A, Brasília, DF, ano 19, p. 1, 5 set. 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Lei n.º 14.597, de 14 de junho de 2023. Institui a Lei Geral do Esporte. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, col. 1, 15 jun. 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114597.htm. Acesso em: 24 out. 2024

BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional 37/2011**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Resolução n.º 515, de 08 de maio de 2019. Dispõe sobre os procedimentos de inspeção de segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita nos aeroportos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 19, p. 30-32, 10 mai. 2019b. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2019/resolucao-no-515-08-05-2019>. Acesso em: 24 out. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus: AgRg no HC: 720471 SP 2022/0023872-5**. Gravo regimental no habeas corpus. [...] Busca pessoal. Fundadas razões. Inteligência policial. Atitude suspeita do agente. Decisão fundamentada. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Jul. 22 fev. 2022, pub. 24 fev. 2022a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200238725&dt_publicacao=24/02/2022. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial: 1403409 RS 2018/0311763-2**. Agravo regimental no agravo em recurso

especial. Porte ilegal de arma de fogo. Busca pessoal. Fundada suspeita. Fundamentação idônea. Incidência da súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Jul. 26 mar. 2019, pub. 04 abr. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200273901&dt_publicacao=29/11/2022. Acesso em: 20 out. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus: AgRg no RHC n. 167.937/GO**. Agravo regimental no habeas corpus. Crime de tráfico de drogas. Denúncia anônima. Busca pessoal e domiciliar. Ausência de mandado judicial e investigação mínima sobre os fatos. Ausência de justa causa para a ação policial. Ilicitude das provas daí decorrentes. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso ordinário provido, em conformidade com o parecer do ministério público federal. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, jul. 18 out. 2022d, pub. 24 out. 2022d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202200892&dt_publicacao=24/10/2022. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus: AgRg no HC 755632 / BA**. Penal. Processo penal. Agravo regimental no habeas corpus. Condenação por tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Ilegalidade. Provas ilícitas. Inocorrência. Crime permanente. Busca pessoal. Nulidade não configurada. Fundadas razões. Ausência de argumentos novos aptos a alterar a decisão agravada. Habeas corpus não conhecido. Agravo desprovido. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Jul. 25 out. 2022, pub. 04 nov. 2022c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202142599&dt_publicacao=04/11/2022. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 158.580/BA**. A mera alegação genérica de "atitude suspeita" é insuficiente para a licitude da busca pessoal. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, jul. 19 abr. 2022b, pub. 25 abr. 2022b, Brasília: STJ, 2022b. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202104036090%27.REG>. Acesso em 29 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 996/DF**. Reconhecimento das guardas municipais como órgão de

segurança pública. Relator: Min. Alexandre De Moraes, 28 ago. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6444398>. Acesso em: 28 out. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603616/RO**. Tema 280 - Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe de 10 mai. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280>. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso ordinário em habeas corpus: RHC 229.514/PE**. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravante, reincidente, preso com drogas, arma e balança. 3. A Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, ao contraditório e à inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 4. Fugir ao avistar viatura, pulando muros, gesticular como quem segura algo na cintura e reagir de modo próprio e conhecido pela ciência aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública. [...] Agravo improvido. Rel: Min. Gilmar Mendes, decisão unanime, Jul. 20 out. 2023, pub. 23 out. 2023c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6672695>. Acesso em: 29 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Ag. Reg. No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 235.568/SP**. 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 aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública. 4. Agravo improvido. Relator: Min. Gilmar Mendes. Jul. 26 fev. 2024, pub. 01 mar. 2024c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774764892>. Acesso em: 29 out. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 1491517 AgR-EDv/SP**. Trata-se de embargos de divergência (eDOC 69, p. 1-11), opostos pelo Ministério Público Federal, com

fundamento “nos arts. 1.043 e 1.044 do Novo Código de Processo Civil c.c. os arts. 3º, 257 e 577 do Código de Processo Penal e nos art. 330 a 332 e 334 do RI/STF”, do acórdão (eDOC 88, p. 1-30) proferido pela Segunda Turma [...]. Relator: Min. Carmen Lucia. Jul. 11 out. 2024b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6911334>. Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus: HC 81305 / GO. Habeas corpus.** Termo circunstanciado de ocorrência lavrado contra o paciente. Recusa a ser submetido à busca pessoal. Justa causa para a ação penal reconhecida por turma recursal de juizado especial. [...] Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. Relator: Min. Ilmar Galvão. Jul. 13/11/2001, Pub. 22/02/2002, Brasília, STF, 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr99816/false>. Acesso em: 29 out. 2024.

BOTELHO, Roberto. Análise constitucional, científica, doutrinária e jurídica do julgado pelo STJ – RHC 158.580/BA -, em face da competência e das prerrogativas das Polícias Militares do Brasil de agirem na preservação da Ordem Pública. **Blitz Digital**, 2022. Disponível em: <https://blitzdigital.com.br/analise-constitucional-cientifica-doutrinaria-e-juridica-do-julgado-pelo-stj-rhc-158-580-ba-em-face-da-competencia-e-das-prerrogativas-das-policias-militares-do-brasil-de-agirem-na-preservacao/>. Acesso em: 29 out. 2024.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2006.

CARVALHO, Anne Elis Menezes de Araújo. O garantismo no ordenamento jurídico constitucional processual penal. **Jusbrasil**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-garantismo-no-ordenamento-juridico-constitucional-processual-penal/1668770172>. Acesso em: 20 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 31. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

CEARÁ. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 0110636-95.2017.8.06.0001. Insurge-se a ré requerendo a reforma da sentença para que seja decretada a sua absolvição por serem as provas constantes nos autos maculadas de nulidade, por ter havido busca pessoal ilegal. [...] Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. **Diário de Justiça do Estado do Ceará**, Fortaleza, CE, ano 24, p. 29, 9 abr. 2024.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso de Fernández Prieto e Tumbeiro vs. Argentina**. San José, Costa Rica, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/expedientes-recebidos/manifestacoes-recebidas-1/SentenaFernandezPrietoTumbeiro.pdf>. Acesso em: 29 out. 2024.

CRUZ, Marco Antônio Cezar da. **A percepção dos policiais militares da companhia de força tática do 4º batalhão acerca dos elementos objetivos e subjetivos que compõem a formação da fundada suspeita**. Monografia apresentada à Academia de Polícia Militar do Espírito Santo - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública – APM/ES. Cariacica, ES, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000. Disponível em: <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0edb73b407c9529.pdf>. Acesso em: 20 out. 2024

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2024.

FERRAZ, Hamilton; BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Reflexões sobre o Garantismo Positivo. In: CARPENTER, Conselho Editorial - CALC - Centro Acadêmico Luiz (org.). **O Direito em Movimento**. Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2015. p. 43-59.

FERRER, Flávia. O direito à segurança. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jul./dez. 2007. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2740997/Flavia_Ferrer.pdf. Acesso em: 22 out. 2024

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 21 out. 2024

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Integral?. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77>. Acesso em: 21 out. 2024.

FOUREAUX, Rodrigo. Poder de Polícia e Poder da Polícia. **Atividade Policial**, 2020. Disponível em: <https://atividadepolicial.com.br/2020/05/02/poder-de-policia-e-poder-da-policia/>. Acesso em: 22 out. 2024.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

LESSA, Marcelo Lima. Busca pessoal processual, busca pessoal preventiva e fiscalização policial: legalidade e diferenças. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5482, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61753>. Acesso em: 29 out. 2024.

GODINHO, Eduardo. FOUREAUX, Rodrigo. Abordagem Policial e Busca Pessoal. In: NETO, Sérgio Carrera; AFONSO, Frederico. **Abordagem policial e direitos humanos**. Joinville: Clube de Autores, 2022. p. 83-128.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 21. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. 1 recurso online. ISBN 9788553620609.

MAGALHÃES, Vladmir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dez. 2010. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_202.pdf. Acesso em: 21 out. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. Liberdade de ir e vir. In: FUX, Luiz. **Liberdades**. Rio de Janeiro: Editora J & C, 2022, p. 67-91. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/liberdade-de-ir-e-vir/>. Acesso em: 21 out. 2024

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. **Caderno Doutrinário n. 2**. Belo Horizonte: Academia de Polícia Militar, 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PARANÁ, Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Cível: AC 7809058/PR 0780905-8**. Apelação cível. Ação de indenização por dano moral. Abordagem por policial militar em frente à residência. Não configuração do dano moral. [...] Precedentes desta corte e do STF. Recurso a que se nega provimento. Relator: Fábio André Santos Muniz em substituição a Desembargadora Dulce Maria Cecconi, Jul. 05 jul. 2011, Pub. 04 nov. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJPR/IT/AC_7809058_PR_1311203062115.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1730220630&Signature=5L0EwjUJnhSREJgmuNlh9UWb08U%3D. Acesso em: 29 out. 2024.

PINC, Tânia. **Abordagem policial: avaliação do desempenho operacional frente a nova dinâmica dos padrões procedimentais**. Encontro Anual da Anpocs, 2007. Disponível em: https://www.uece.br/wp-content/uploads/sites/32/2022/06/abordagem_policial_avaliacao_do_desempenho_operacional.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: Abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Cível). **Apelação Cível: AC 70052110905/RS**. Ação de indenização. Abordagem. Policial militar. Dano moral. A pessoa tem direito à segurança, conforme a regra da Constituição Federal, art. 5º, caput. No momento atual da sociedade o alto índice de criminalidade tem causado insegurança aos cidadãos. A abordagem policial, em face de motivo justificado, configura estrito cumprimento de dever legal. A obrigação de exercer a segurança pública é do Estado, a teor do art. 144 do CF. No caso, a ação dos policiais está justificada pelas circunstâncias do evento e não foi demonstrado o excesso ou abuso de autoridade. Indenização por dano moral negada. Recurso de apelação não provido. Relator: Marcelo Cezar Muller, jul. 25/04/2013, pub. 23/05/2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/wp-content/themes/tjrs/tjrs-apps/inteiro-teor/index.php?numero_processo=70052110905&ano=2013&codigo=645215. Acesso em: 20 out. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Criminal). **Apelação Criminal: APR 20140926783**. Apelação Criminal. Constrangimento ilegal (art. 146, § 1º, do código penal), roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, i e ii, do código penal) e dano (art. 163, § 1º, i, do código penal). [...] Mera abordagem policial e revista pessoal. Crime material. Inexistência de resultado naturalístico. Absolvição mantida. Recurso desprovido. Relator: Newton Varella Júnior, 30 jul. 2015. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 30 out. 2024.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jan./dez. 2004. Disponível em: <https://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/383/37>. Acesso em: 20 out. 2024.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli/>. Acesso em 20 out. 2024.

UGARTE, Oscar Cubo. **O direito natural e o direito positivo em Kant e Fichte**. Revista filosófica de Coimbra, v. 21, n. 41, p. 283-294, 2012.