

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MARCIO MARCELINO DA SILVA

BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

JUIZ DE FORA

2016

MARCIO MARCELINO DA SILVA

BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: JOÃO BECCON DE ALMEIDA NETO

JUIZ DE FORA

2016

MARCIO MARCELINO DA SILVA

BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Beccon de Almeida Neto - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Este trabalho é dedicado aos meus pais,
Manoel e Carmen, que sempre acreditaram
nos meus sonhos e lutam para que se
torne realidade, independente do sacrifício.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por me conceder o dom da vida, me acompanhar em cada passo e permitir a realização de mais esse sonho.

Aos meus pais, pelo amor incondicional, apoio em cada degrau desse caminho e por cada abdicção em prol do melhor para seus filhos.

Ao meu amado irmão, por ser exemplo de profissional, amigo e conselheiro a todo instante.

A minha namorada, pelo companheirismo e compreensão.

Ao professor João Becon, que mesmo diante de sua escassez de tempo pode auxiliar nesse trabalho e em suas aulas de prática, sempre demonstrando esperança no ser humano, se fez essencial para a escolha desse tema.

A todos os professores da instituição, em especial aos professores Cristiano e Leandro, que através de suas brilhantes e bem humoradas aulas, conseguem transmitir conhecimento e motivação (mesmo após o discente virar madrugada trabalhando).

À Universidade Federal de Juiz de Fora, por todo apoio e por ser fonte de um conhecimento que levarei para toda vida. Orgulho-me de fazer parte dessa história.

Aos companheiros de trabalho, que de todas as maneiras compreenderam as adversidades e contribuíram para que eu pudesse estar presente nas aulas.

Aos amigos de turma, pelos momentos únicos que passamos juntos nesses cinco anos, em especial: Adriano, Aloysio, Johnny, Luis Fernando, Samuel e Sérgio, pois, através da união, foram fundamentais na superação dos obstáculos com os quais me deparei nessa caminhada.

A todos àqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

Meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

Como instrumento de promoção da segurança pública e concretização do poder de polícia, a busca pessoal é realizada de maneira rotineira pelas policiais e órgãos auxiliares do sistema penal. A “fundada suspeita” é o requisito legal para a realização da busca pessoal, mas por se tratar de uma cláusula aberta, subjetiva, chama atenção dos doutrinadores e juristas pátrios, vez que, não raras às vezes, tal margem de interpretação é causadora de abusos e inobservância das garantias e direitos fundamentais, incentivando o rotulamento de pessoas de um grupo como criminosos, criando estereótipos e padrões de exclusão social. O objetivo do presente trabalho é, portanto, analisar sob a luz dos direitos humanos o instituto da busca pessoal, o requisito legal da fundada suspeita, bem como sua relação com a teoria do etiquetamento social ou *labelling approach*.

Palavras-chave: busca pessoal, fundada suspeita, direitos humanos, etiquetamento social, *labelling approach*

ABSTRACT

As a public safety promotion and implementation of police power tool, the personal search is performed routinely by the police and the auxiliary bodies of the penal system. The "founded suspicion" is the legal requirement for the achievement of personal search, but because it is an open clause, subjective, draws attention of homeland doctrine, because, not rarely, such a margin of interpretation is the cause of the abuses and non observance of fundamental rights and guarantees and encouraging the labelling of people in a group as criminals, creating stereotypes and patterns of social exclusion. The objective of the present study is therefore to examine under the light of human rights the institute of personal search, the legal requirement of founded suspicion, as well as their relation with the theory of social labeling or labeling approach.

Keywords: personal search, founded suspicion, human rights, social labeling, labeling approach.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	9
1.1 NO MUNDO.....	10
1.2 NO BRASIL.....	14
2 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO	21
3 DA BUSCA PESSOAL	24
3.1 CONCEITO E ORIGEM	24
3.2 ESPÉCIES.....	28
3.2.1 A busca pessoal de caráter <i>versus</i> a busca pessoal processual.....	28
3.2.2 A busca pessoal preliminar <i>versus</i> a busca pessoal minuciosa	30
3.2.3 A busca pessoal individual <i>versus</i> a busca pessoal coletiva	30
3.3 ASPECTOS JURÍDICOS	31
3.3.1 Natureza Jurídica	31
3.3.2 A busca pessoal e a revista privada	32
4 A FUNDADA SUSPEITA	34
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

A busca pessoal é um instituto previsto no direito brasileiro, destinado a auxiliar o trabalho das polícias, tanto no interesse de prevenir que os crimes aconteçam (busca pessoal preventiva), quanto no interesse processual, visando à produção de provas (busca pessoal processual).

Sendo assim, a busca pessoal é reconhecida como o ato de procurar no corpo, nas vestes e em tudo que estiver na esfera de custódia do suspeito (pastas, bolsas, malas, automóvel e etc.), elementos que possam caracterizar sua conduta como criminosa. Tal instituto é uma das formas de concretização do poder de polícia do Estado e exerce função inibidora e repressora de ações criminosas, servindo, basicamente, como instrumento de combate ao crime.

Prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal, independerá de mandado e, exceto nos casos de prisão, só será admitida quando houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papeis que constituam corpo de delito.

No entanto, doutrinadores e juristas criticam o requisito legal da “fundada suspeita”, vez que o mesmo carece de objetividade e precisão, já que a lei não determinou o real alcance da expressão.

Neste sentido, deixando tal interpretação a cargo apenas da experiência profissional de cada policial, na prática, possibilita-se a existência de ações lesivas aos direitos humanos, principalmente no que tange aos direitos individuais, transformando as ações policiais em ilegítimas.

Além disso, a falta de delimitação deste requisito legal tem sido alvo de críticas também por ser um propenso criador de rótulos e estereótipos sociais, gerando expressões no imaginário coletivo tais como, “fulano tem cara de bandido”.

Em suma o que se pretende com a abordagem desse tema é analisar, primeiramente, o instituto da busca pessoal, seu conceito, suas espécies e alguns aspectos jurídicos que o envolvem e ainda, a luz dos direitos humanos, estudar o requisito da “fundada suspeita” para que o mesmo no contexto da prática policial não seja utilizado como pretexto para dar legitimidade a atividades obscuras e preconceituosas.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

“...os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. ”
Piovesan (2006)

Atualmente a expressão “direitos humanos” está tão presente em nosso dia a dia, seja através de noticiários, matérias de revistas ou até mesmo em diálogos informais que, de certo modo, já nos consideramos íntimos desse termo e detentores reais de tais direitos, mas nem sempre foi assim.

Até chegarmos a este *status* atual de intimidade com os direitos humanos ou direitos fundamentais, cuja diferenciação estudaremos a seguir, um longo e árduo caminho foi percorrido ao longo da história, sendo necessária a modificação vagarosa da sociedade, diversas lutas e conquistas políticas até que os direitos humanos fossem gradativamente sendo inseridos em textos constitucionais e até mesmo em tratados internacionais.

Porém, antes de adentrarmos diretamente no estudo da evolução histórica desses direitos cabe-nos fazer uma ressalva quanto o significado da expressão “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Muitos doutrinadores destacam que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são sinônimas, vez que ambas serviriam a identificar àqueles direitos que buscam garantir a dignidade da pessoa humana e valores realmente caros à sociedade, tais como, a liberdade e a igualdade, ou seja, ambos teriam a mesma finalidade. (MASSON, 2015, p.190)

No entanto, majoritariamente, os autores diferenciam os termos pelo plano em que os direitos são consagrados.

Sendo assim, por “direitos humanos” entendemos como sendo aqueles direitos identificáveis no plano abstrato, isto é, sem qualquer normatividade. Já os “direitos fundamentais” teriam o mesmo conteúdo dos direitos humanos, porém já haveriam sido submetidos a um plano de positividade e seriam passíveis de cumprimento e sanção, como toda norma jurídica. (MASSON, 2015, p.190)

Nas palavras dos professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A expressão ‘direitos humanos’ é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, possuem índole filosófica e não têm como característica básica a positividade numa ordem jurídica particular. Essa expressão é empregada, também para designar pretensões de

respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Já a expressão 'direitos fundamentais' é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois não são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece. (ALEXANDRINO; PAULO 2011, p.99 e 100)

Cumprido destacar ainda que, em que pese à referida diferenciação, direitos humanos e direitos fundamentais não são esferas isoladas. Não raras às vezes os direitos humanos encontram suas bases inseridas nos direitos fundamentais consagrados por um Estado e por outro lado, os direitos fundamentais buscam até mesmo como fonte os direitos humanos previstos em declarações internacionais.

Dito isto, podemos caminhar no curso da evolução histórica dos direitos humanos analisando sob a ótica mundial e internamente, no Brasil.

1.1 NO MUNDO

Como dito, o desenvolvimento dos direitos humanos não se deu rapidamente, nem em um único momento, foram necessárias diversas mudanças históricas e sociais, além de consecutivas conquistas políticas.

Para esboçar como se deu a evolução dos direitos humanos no mundo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, vez que tal capítulo faz-se necessário apenas como forma a introdução ao estudo principal, o tópico será analisado sob o ponto de vista de quatro marcos teóricos, a saber: o Iluminismo, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial e o término da Segunda Guerra Mundial.

O **Iluminismo** ou Era da Razão, foi o momento histórico em que se deu a revolução intelectual no continente europeu, particularmente na França do século XVIII. Esse movimento representou a concretização de transformações culturais iniciadas no século XIV pelo movimento renascentista e colocou em destaque os valores da burguesia estimulando o desenvolvimento dessa classe social.

O pensamento iluminista ia de encontro ao antigo regime monárquico absolutista, onde somente o Rei e a nobreza eram os únicos detentores de direitos e garantias firmados através da fé e dos dogmas da igreja católica, e, procuravam por meio da razão romper com as antigas formas de pensar.

Os princípios norteadores do pensamento iluminista estavam essencialmente ligados ao exercício da liberdade e pressupunham direitos tais como: o direito à vida, a liberdade religiosa, liberdade individual e da livre posse de bens, a tolerância para a expressão de ideias, direito de locomoção, de reunião, de inviolabilidade do domicílio, a igualdade perante a lei, dentre outros. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 102)

A doutrina pátria majoritária denomina tais direitos como sendo de primeira geração, pois apresentam-se essencialmente como direitos dos indivíduos, valorizando o antropocentrismo e por serem oponíveis principalmente ao próprio Estado, que deveria abster-se de interferir na vida das pessoas, possuem, portanto, caráter negativo. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco são:

...postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e religião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (MENDES; COELHO; BRANCO2010, p.310)

Os principais documentos históricos, de acordo com Pedro Lenza (2012, p.958), responsáveis por afirmar os chamados direitos humanos de primeira geração foram: A Magna Carta de 1215, Paz de Westfália de 1648, *Habeas Corpus Act* de 1679, as *Bill os Rights* em 1688 e as Declarações Americanas e Francesa de 1776 e 1789, respectivamente.

Em seguida, movimento de relevância para nosso estudo foi a **Revolução Francesa**, ocorrida entre os anos de 1789 e 1799, em um momento político e social em que se questionavam os privilégios da nobreza e do clero, como também o poder absoluto do Rei, uma vez que a França enfrentava uma grave crise econômica, com a instituição de excessiva carga de tributos para os trabalhadores rurais, uma indústria ainda muito arcaica e o comércio também enfrentando dificuldades.

Inspirados pelos ideais iluministas, umas das principais vitórias dos revoltosos franceses e ponto de destaque na evolução histórica dos direitos humanos é a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Tal documento, como dito anteriormente, é dos mais indispensáveis para a

evolução concreta dos direitos humanos, ele foi responsável por garantir direitos tais como: a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Segundo esclarece Flávia Piovesan:

... a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28) (PIOVESAN, 2004, p. 148)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão serviu de base para a construção de diversas Constituições de Estados Democráticos e A Revolução Francesa incentivou muitos outros movimentos revolucionários nas décadas seguintes, marcando a luta pelo fim dos privilégios sociais e pela promoção da dignidade humana.

Segundo a professora Nathalia Masson (2015. p.191) o lema da Revolução Francesa que era “liberdade, igualdade e fraternidade” inspirou a sequência histórica do reconhecimento e institucionalização das referidas gerações de direitos humanos.

Ressalte-se que praticamente no mesmo período da Revolução Francesa, teve início na Inglaterra a Revolução Industrial, na qual, devido à ascensão da burguesia e o êxodo rural dos trabalhadores, donos de fábricas visionando cada vez mais o lucro expunham tais trabalhadores rurais, agora operários, a jornadas de trabalhos desumanas e a locais de trabalhos totalmente insalubres.

Neste ínterim, buscando não mais a abdicação da atuação do Estado, mas sim voltados ao pensamento humanista, em busca de melhores condições de trabalho e reivindicando normas de assistência social, movimentos como o Cartista, na Inglaterra e a Comuna de Paris, dão início a institucionalização dos hoje chamados direitos humanos de segunda geração, que enfatizam a implementação de políticas que visem garantir saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social. São os chamados direitos sociais. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 102)

Novamente de acordo com Lenza (2012, p. 959), documentos que merecem destaque pela evidenciação dos direitos sociais, econômicos e culturais, ditos como direitos coletivos, são: A Constituição do México de 1917; A Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha) e o Tratado de Versalhes em 1919 (OIT).

Em seguida, o quarto e último marco histórico que merece atenção é a Segunda Grande Guerra Mundial, mais exatamente seu término em 1945, porém, não necessariamente por estar relacionada a uma das gerações dos direitos humanos e sim por trazer à tona outra importante discussão: o universalismo e o relativismo dos direitos humanos.

Nas palavras de Flávia Piovesan:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (PIOVESAN, 2004, p. 131)

O período pós-guerra inaugurou uma nova lógica ao vislumbrar o indivíduo como sujeito de Direito Internacional. O Estado deixa de ser o único ator internacional, o instituto da soberania interna é flexibilizado, abrindo portas ao surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, representado pelo sistema global de proteção aos direitos humanos da Organização das Nações Unidas – a ONU, posteriormente complementado pelos sistemas regionais Europeu, Americano e Africano. (MACHADO, 2015, p. 20)

Com relação aos direitos humanos de terceira geração o que podemos dizer é que consagram princípios de solidariedade e fraternidade entre os povos, espelhando-se ainda no *fraternité* dos ideais da Revolução Francesa. São direitos que surgem com a modificação da estrutura mundial, da comunidade internacional e do crescente desenvolvimento tecnológico e científico.

Tal geração é a dos chamados direitos transindividuais (LENZA, 2012, p. 960), pois ultrapassam os interesses do próprio indivíduo e preocupam “o gênero humano” como todo. Alguns exemplos dos direitos de terceira geração são: direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente saudável, ao patrimônio comum da humanidade, direito do consumidor, direito ao progresso, dentre outros.

Atualmente muito se discute sobre o reconhecimento de demais gerações de direitos humanos, alguns doutrinadores apontam que com o advento da sociedade globalizada cria-se a possibilidade de uma universalização dos direitos institucionais, surgindo assim uma quarta geração de direitos humanos que consagrariam, por exemplo, à democracia, à informação e o pluralismo, como direitos humanos. Há quem defenda ainda uma quinta geração de direitos humanos que representaria o direito a paz mundial. (MASSON, 2015, p. 193)

1.2 NO BRASIL

A evolução dos direitos humanos no Brasil pode ser estudada através da análise das Constituições Brasileiras, e é o que passaremos a fazer a seguir a começar pela Constituição de 1824.

No ano de 1823, após ter declarando a independência do Brasil, Dom Pedro I, convoca uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com ideais liberais, que foi logo arbitrariamente por ele dissolvida em virtude de suas pretensões autoritárias.

Logo em seguida, Dom Pedro I, criou um Conselho de Estado, na tentativa de tratar de negócios de “maior monta” e elaborar um novo projeto de Constituição. Foi quando em 1824, foi outorgada a primeira Constituição do Império do Brasil que era marcada por forte centralismo administrativo e político, traços absolutistas e pela figura do “Poder Moderador”. (LENZA, 2012,p. 101)

Tal Constituição, sob a influência das Revoluções Americana e Francesa compactuando com as ideais de um constitucionalismo liberal, previa um importante rol de Direitos Civis e Políticos e sem dúvida influenciou as Constituições que a sucederam.

Contudo, ponto de interesse é que, como àquela época o regime se baseava em uma “monocultura latifundiária e escravocrata”, a escravidão foi mantida manchando a estrutura Constitucional até a assinatura da Lei Áurea em 1888. (LENZA, 2012, p. 104)

Na mesma Constituição não era prevista garantia do *habeas corpus*, mas o Decreto n. 114 de 1821 já proibia prisões arbitrárias, logo, seguindo a mesma linha, a Constituição de 1824 tutelou a liberdade de locomoção. (LENZA, 2012, p. 104)

Já em 1889, tendo as estruturas da Monarquia se abalado em virtude da decadente “marginalização política” e cortes no orçamento e no efetivo dos militares, após ainda alguns entraves com a igreja católica, o Império deu lugar a República e a primeira Constituição Republicana foi proclamada por Marechal Deodoro da Fonseca no ano de 1891.(LENZA, 2012, p. 105)

Com sistema de governo presidencialista a Constituição da República de 1891 trouxe em seu texto a laicidade ao Brasil e a Declaração de Direitos foi aprimorada, abolindo-se a pena de galés e mantida a proteção as liberdades

privadas, civis e políticas. Ponto de destaque foi a previsão pela primeira vez do remédio constitucional *habeas corpus*, no entanto, restringidosamente a liberdade de locomoção. (LENZA, 2012, p. 109)

Com a Revolução de 1930, teve fim a chamada “República Velha” que ruiu em virtude do domínio das oligarquias e da institucionalização de fraudes eleitorais. Instituído-se o Governo Provisório, chega ao poder Getúlio Vargas. (LENZA, 2012, p.109)

Apesar de enfrentar grave crise econômico-financeira (A “Grande Depressão”) e uma classe operária totalmente descontente com o crescente processo de industrialização, o Governo de Vargas contribuiu enormemente para a evolução dos Direitos Humanos no Brasil. Com o Decreto n. 21.076 de 1932, Getúlio Vargas deu fim à política anterior, adotou o voto feminino e o sufrágio universal, direto e secreto. (LENZA, 2012, p.110)

Como já dito, fortes manifestações sociais encabeçadas por operários que pediam melhores condições de trabalho, influenciaram a promulgação da Constituição de 1934, botando fim aos ideais de liberalismo econômico e de democracia liberal previstos na Constituição de 1889. (LENZA, 2012, p.111)

A Constituição de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, adotando a perspectiva de uma democracia social e de um Estado social de direito. Foram evidenciados os direitos humanos de segunda geração.

Sendo assim, em 1934 foi constitucionalizado o voto feminino, com valor igual ao masculino, e o voto secreto. Os direitos de primeira geração foram mantidos havendo a incorporação dos direitos de segunda geração, em razão do caráter social da nova constituição. Com destaque, foram instituídos os Títulos IV, V e VI, que respectivamente representavam “da ordem econômica e social”, “da família, educação e cultura” e “da segurança nacional”. Foram prestigiadas, ainda em texto constitucional, a representação classista e a legislação trabalhista. (LENZA, 2012, p.113)

Pela primeira vez foram previstos outros dois remédios constitucionais, o mandado de segurança e a ação popular.

O governo de Getúlio Vargas estava previsto para durar de 1934 a 1938, no entanto, neste período, um antagonismo se instalou no país. De um lado a direita fascista, que defendia um Estado autoritário e de outro, o movimento esquerdista,

que tinha ideais socialistas, comunistas e sindicais. Prevendo uma ameaça ao governo de Vargas, em 1935, com base na “Lei de Segurança Nacional”, o Governo fechou a “Aliança Nacional Libertadora”, maior representante do movimento de esquerda no país, considerando-a ilegal. O “estado de sítio” também foi decretado e iniciou-se forte repressão ao comunismo, inclusive, com o apoio da “Polícia Especial”. (LENZA, 2012, p.114)

Com o apoio do Congresso Nacional, posteriormente, foi decretado o “estado de guerra”.

Em 1937, após ter sido noticiado que o Estado-Maior do Exército havia descoberto um plano comunista para a tomada do poder (Plano Cohen), Getúlio Vargas, com o apoio dos militares dá o golpe ditatorial, centraliza o poder e fecha o Congresso Nacional. (LENZA, 2012, p.114)

Nestes termos, estava inaugurada a intitulada por Vargas, “Nova Era”, com ideias fascistas e autoritários, instalou-se no Brasil a ditadura militar. Sob a influência da Constituição Polonesa, a Carta de 1937, entrou em vigor sem ter sido submetida plebiscito nacional, conforme previa seu artigo 187. (LENZA, 2012, p.114)

Nota-se que através da Carta de 1937 e após fechar o Parlamento, o Governo de Vargas teve amplo domínio do Poder Judiciário e a Federação foi totalmente abalada após a nomeação de “interventores”, apesar de formalmente ter sido mantida a clássica tripartição de “Poderes”. Os direitos humanos foram enfraquecidos neste período, principalmente pela atuação da “Polícia Especial”, não foram previstos os remédios constitucionais do mandado de segurança, nem da ação popular, os partidos políticos foram abolidos e a pena de morte foi estendida também para crimes políticos e em hipóteses de homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.(LENZA, 2012, p.116)

Outro ponto de retrocesso com relação aos direitos humanos na Carta de 1937 foi com relação à liberdade de expressão e o direito a livre manifestação do pensamento. Sob o pretexto de garantir a paz, a ordem pública e segurança pública, a imprensa foi censurada. Manifestações artísticas tais como teatro, cinema, música e literatura poderiam ser exercidas, contanto que passassem previamente por controle, facultando-se a autoridade competente proibir sua circulação e difusão.

Contudo, buscando atrair o apoio popular, sob a égide da Carta de 1937 foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que previu importantes direitos aos trabalhadores, tais como, o salário mínimo. Neste ponto, os

doutrinadores pátrios convergem que se tratou de um avanço com relação ao fortalecimento dos direitos humanos no país. (LENZA, 2012, p.115)

Dando sequência, durante a Segunda Guerra Mundial o Governo de Vargas declarou ofensiva contra os países do “Eixo”, em destaque a Alemanha, a Itália e o Japão, e, aliou-se a China, a França, Grã-Bretanha, União Soviética e aos Estados Unidos. Esse apoio brasileiro ao lado “Aliado”, como era chamado, fez com que a política de Getúlio Vargas perdesse apoio, vez que, buscando enfrentar ditaduras nazifascistas de Hitler e Mussolini, a política externa a qual o Brasil se filiava era totalmente contraditória ao que apontava a situação interna do país.

Desta feita, vários documentos assinados por importantes intelectuais da época foram encaminhados ao governo, obrigaram Vargas a convocar eleições presidenciais, marcando o fim do “Estado Novo”. Eleito pelo voto direto, o General Gaspar Dutra tornou-se o novo Presidente da República.

Uma Assembleia Constituinte foi instalada em 1946, era o marco da redemocratização do País e o fim do Estado totalitário. A nova Constituição Republicana de 1946 buscou harmonizar os ideais liberais da Constituição de 1891, com o princípio da livre iniciativa e as ideias sociais da Constituição de 1934, com o princípio da justiça social. (LENZA, 2012, p.118)

Neste sentido, o mandado de segurança e a ação popular foram mais uma vez estabelecidos em texto constitucional e consagrou-se ainda o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a inteligência do artigo 141, §4º que dizia: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. (LENZA, 2012, p.119)

O mesmo artigo acima mencionado foi o responsável por vedar a pena de morte, restringindo-a somente a casos previstos na legislação militar e em tempos de guerra declarada a país estrangeiro. Extinguiu-se ainda a pena de banimento, a de confisco e as de caráter perpétuo.

Com relação ao avanço nos direitos dos trabalhadores, iniciado com a Carta de 1937, a Constituição de 1946 seguiu os mesmos parâmetros e reconheceu o direito de greve.(LENZA, 2012, p.120)

Já em 1961, após ter perdido apoio político, o então Presidente, Jânio Quadros renunciou. O Vice-Presidente, João Goulart, Jango, estava na China e, por esse motivo, foi acusado de ter fortes ligações com o “comunismo internacional” e foi impedido pelas Forças Armadas a retornar ao Brasil.

Apesar dos esforços empenhados pelo Congresso Nacional, que não aceitava o afastamento inconstitucional de Jango, o movimento militar derrubou o então Vice-Presidente e inaugurou o que chamaram de “a nova ordem revolucionária do País”.

Conseqüentemente, vários Atos Institucionais foram baixados pelos militares, fazendo diversas restrições à democracia e apesar de formalmente em vigor a Constituição de 1946 foi sufocada pelo Golpe Militar.(LENZA, 2012, p.121)

O Brasil passou então a ser governado com bases nestes Atos Institucionais que visavam principalmente combater a ameaça comunista e consolidar a “Revolução”.

Seguindo os mesmos traços da Carta de 1937, a Constituição de 1967 centralizou de maneira alarmante o poder em âmbito federal e realçou a preocupação com a segurança nacional, permitindo que o mais violento Ato Institucional baixado pela ditadura militar, o AI-5, frutificasse.

Dentre as disposições do AI-5 estavam a manutenção da Constituição de 1967, a possibilidade de o Presidente da República decretar recesso no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e Câmara dos Deputados, voltando a funcionar apenas quando convocados pelo próprio Presidente, estando ou não o país em estado de sítio, a possibilidade de o Presidente da República decretar intervenção nos estados e municípios, sem as limitações impostas pela Constituição, a possibilidade da suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão e a cassação de mandados eletivos em todas as esferas, a suspensão de garantias constitucionais, tais como, a vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, a decretação pelo Presidente da República do estado de sítio e a sua prorrogação, fixando o respectivo prazo, a possibilidade de o Presidente da República decretar o confisco de bens, a suspensão da garantia do *habeas corpus* e obviamente, a exclusão da apreciação dos Atos Institucionais e seus efeitos no judiciário. (LENZA, 2012, p.123)

Com a promulgação do AI-5 o Congresso Nacional foi fechado e assim permaneceu por mais de dez anos. Logo em 1969, a EC n.1, que foi subscrita por uma “Junta de Militares”, já que então Presidente da República, Costa e Silva, estava impedido de governar devido a sérios problemas de saúde e a AI12 permitia tal substituição, representou, em virtude de seu caráter revolucionário, uma manifestação de um novo “poder constituinte originário” e “constitucionalizou” a

utilização dos Atos Institucionais, aumentando ainda o mandato do Presidente para cinco anos, mantendo-se as eleições indiretas.(LENZA, 2012, p.123)

Em 1979, na presidência de Ernesto Geisel, forte inflação e crise econômica assolaram o país, fato este abalou o governo que já temia a oposição desde a derrota nas eleições legislativas em 1974. Neste período, uma série de medidas foram tomadas no intuito de fortalecer o controle do governo, mas em 1978, inevitavelmente iniciou-se um processo de redemocratização, com a revogação total do AI-5, suspensão das medidas que cassavam direitos políticos e impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República.

Posteriormente, no governo de João Figueiredo teve fim o governo militar e diversas leis foram promulgadas, tais como, a Lei da Anistia e a Lei da Reforma Partidária, todas sucedendo a manifestação popular que ocorreu em 1983, chamada de “Diretas Já”.

Após mais de vinte anos de ditadura militar, em 15 de janeiro de 1985, ainda que por eleições indiretas, foi eleito um civil, Tancredo Neves, que prometeu instituir a “Nova República”, democrática e social.

Depois de muito esforço, trabalho e dificuldades, tendo sido objeto de estudos de uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, estabelecida pelo então Presidente da República, José Sarney, cumprindo com seu acordo de aliança democrática, em 05 de outubro de 1988 é promulgada a atual Constituição da República.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é chamada pela doutrina pátria de “a Constituição Cidadã” (LENZA, 2012, p.127), haja vista ter sido estruturada em valores supremos de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de conflitos.

Em seu preâmbulo já estão descritos estes conceitos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte (BRASIL. Constituição Federal, 1988, Preâmbulo)

Sendo uma Constituição democrática e liberal, a Constituição da República sofreu enorme influência da Constituição portuguesa de 1976, e sendo garantista trouxe em seu texto a proteção ao exercício de direitos sociais e individuais, ao exercício da liberdade, da segurança, bem-estar, ao desenvolvimento, da igualdade e da justiça.

Todo este caminho foi percorrido, como dito, com muitas dificuldades, alguns retrocessos, mas garantindo que fossem obtidos notáveis avanços ao longo do tempo. Por este motivo é que os direitos humanos são tão caros à sociedade moderna e democrática. E, é a luz destes valores alcançados pela Constituição Federal de 1988 que se dará a análise do objeto de pesquisa.

2 A TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Após o estudo da evolução histórica dos direitos humanos sob a ótica internacional e interna resta-nos ainda algumas considerações para a construção da base teórica deste estudo. Trata-se da análise criminológica da mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social, bem como, a desconstrução epistemológica que este último paradigma operou com relação ao primeiro. Passaremos, portanto, o estudo da teoria do etiquetamento.

Na contra mão da antropologia criminal de Lombroso, que partindo de um determinismo biológico e utilizando-se de pesquisa empírica em presídios do sul da Itália, comparando os padrões encontrados com os padrões colhidos em “não criminosos”, acreditava que a causa do crime era o próprio criminoso, e, também em discordância com o positivismo sociológico de Ferri, que dentro da sociologia criminal, desenvolveu a ideia de que a pobreza é que causava a criminalidade, logo fatores individuais, físicos e sociais é que formariam a personalidade de um delinquente, desponta a teoria do etiquetamento social.

A teoria do etiquetamento social (da rotulação, reação social ou ainda como originalmente foi chamada *labelling approach*) surgiu nos Estados Unidos, nos anos de 1960, tendo como um dos principais precursores o sociólogo Howard S. Becker.

Segundo Becker, a ideia mais adequada para análise da criminologia há época era abandonar antigos precedentes e questionamentos acerca do criminoso e da causa do crime e voltar-se a análise do sistema de controle e reação social com relação à criminalidade.

Neste sentido, sob a influência do interacionismo simbólico, – corrente sociológica que define a realidade humana como sendo produto da interpretação coletiva de fatos e não dos fatos em si – a teoria do etiquetamento trata o crime e o criminoso como fruto das qualidades a eles conferidas pelo entorno social. Nas palavras da pesquisadora e advogada Suzane Cristina da Silva:

Parte-se da ideia de que o crime não guarda uma realidade ontológica em si. Segundo esse novo pensamento, o desvio é criado pela sociedade, a qualidade de crime é conferida pelo entorno social e determinado ato praticado por determinado indivíduo. O ato criminoso ou desviante é um ato que assim foi definido por um grupo de pessoas, por uma norma social. Logo, a condição de criminoso ou desviado é também fruto da atuação de mecanismos de controle, ou seja, da resposta social a alguns atos

praticados pelas pessoas selecionadas (aplicação daquelas regras a sujeitos específicos) (SILVA, 2014, p. 03)

Sendo assim, o crime não seria algo que se faz contrário a lei positivada (positivismo jurídico), mas sim uma determinada resposta social a esse algo supostamente feito.

Nesta perspectiva, ressalta o professor Sandro Sell:

Os criminosos são, em grande medida, uma invenção do sistema de repressão penal; ao contrário do que se pensa o senso comum, eles não são simples seres malvados, que andavam livres sobre a terra até que o Direito os descobriu e que, desde então tentam por meio das penas, neutralizá-los.

Não, os criminosos não são produtos de descobertas, mas sim entes inventados pela lógica distorcida do sistema penal vigente.

Para quem foi embalado pelo modelo etiológico aquele criminoso enquanto ser anormal – as afirmações acima podem parecer tão estranhas quanto acusar o sistema de saúde pública de ter criado os doentes, e é por isso que a primeira impressão que se costuma ter diante da abordagem criminológica que as subscreve, o *labelling approach*, é a de estarmos diante de uma das muitas teorias da conspiração. Aquelas paranóicas construções teóricas destinadas a apontar conluios maquiavélicos que dirigiriam, sub repticiamente, as instituições centrais de nossa sociedade, como o Direito e o Estado. O sistema penal inventar criminosos, onde já se viu... (SELL, 2007, p. 1)

Justificando sua abordagem sobre a teoria do etiquetamento social, o mesmo professor aponta duas importantes questões a serem analisadas. A primeira delas seriam os dados da “cifra negra”, ou seja, existem muito mais condutas sendo praticadas de maneira a afrontar o direito criminal do que o sistema penal tem condições de apurar e processar, disso infere-se que muitos cometem crimes, porém somente alguns são rotulados pela sociedade como criminosos. Já a segunda questão é também fática, não podendo perseguir a todos o sistema penal persegue prioritariamente os mais pobres. Exemplifica:

Imaginemos uma mulher que tenta sair de uma joalheria com um caro e não pago bracelete quando é barrada pelos seguranças. Se essa aparente tentativa de subtração a coisa alheia móvel (art. 155 do Código Penal) será tomada como crime, sintoma compreensível de cleptomania ou mera distração, vai depender menos dos detalhes da conduta tentada do que do perfil da apontada infratora. A tese da distração cai bem, por exemplo, se a suposta tentativa fosse realizada por uma cliente habitual da joalheria; assim como a tese da cleptomania se adequaria perfeitamente se a acusada fosse uma famosa atriz de novela. Já para uma empregada da loja, a única tese “compatível com a realidade das coisas” é a de tentativa de furto puro e simples. A conduta é a mesma, a ausência de provas também, só o que variará, neste caso, são as suposições socialmente consideradas adequadas ao caso. (SELL, 2007, p. 3)

Nota-se, portanto que, como já dito, levando-se em consideração o fenômeno da “cifra negra”, que demonstra claramente que analisando o direito penal pelo viés positivista, todos nós já praticamos algum tipo de crime, mas somente uma pequena parcela dos delitos são investigados, se tornarão um processo criminal e repercutirão em uma sentença condenatória. Denota-se então que, o risco de ser “socialmente etiquetado” não está diretamente ligado a conduta que se pratica, mas basicamente, a posição que o sujeito ocupa na “pirâmide social”. (BAYER, 2014, p. 1)

Podemos afirmar que, com base na teoria do etiquetamento, o sistema penal trabalha de maneira seletiva, segundo estereótipos de um criminoso, gerando um ciclo vicioso alimentado pelo próprio sistema, muitas vezes apoiado por institutos como a reincidência e os maus antecedentes.

Devemos neste ponto também ressaltar que na atualidade a mídia, através dos veículos de comunicação em geral, exerce função ímpar em difundir essa visão, utiliza-se de forma indevida da “imagem” dos “criminosos”, criam noticiários espetaculosos direcionando a reprovação social, gerando estereótipos de criminosos e a promoção da chamada “violência simbólica” – aquela na qual existe uma cumplicidade de quem a sofre com a frequência de quem a exerce, pois, ambos são expostos e não tem consciência. (BAYER, 2014, p. 1)

O etiquetamento dessas pessoas com a criação desses rótulos sociais, na prática, permite a exclusão e o extermínio de pessoas ou de localidades inteiras e como resposta o Estado apoia políticas cada vez mais severas e radicais, fruto de um senso comum cada dia mais segregador e de uma sociedade mais violenta. Esses são os reflexos reais desse discurso higienista dos rótulos. A legitimação de um sistema repressivo e brutal, que gera, não raras às vezes, a morte de inocentes sendo justificadas pela legítima defesa afrontando de modo alarmante os direitos humanos e as garantias fundamentais do indivíduo.

3 DA BUSCA PESSOAL

3.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

A busca pessoal, revista ou “dura”, dentre outros termos são algumas das formas técnicas ou vulgares utilizados para designar o ato de procurar, no corpo ou a “borda” de um indivíduo que supostamente tenha praticado uma conduta criminosa, elementos que comprovem essa suspeição. (ALVES, 2011)

O capítulo XI do Código de Processo Penal, denominado “da busca e da apreensão” trata do tema em seu artigo 244, que segue:

A busca pessoal independará 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. Decreto-Lei 3.689, 1941, art. 244)

Analisando etimologicamente, o vocábulo “busca”, segundo Nassaro, citando Valentim Bastos Pitombo:

A palavra busca, do verbo buscar, possui origem obscura. Afirma-se que o vocábulo é próprio do espanhol e do português. Há, porém, quem afirme ser originário do francês *busq*, verbo de caça, ou do latim *poscare*, pedir, demandar, *llamar*, ou, ainda, do italiano *buscare*, fazer diligência para achar alguma coisa, servindo-se das mãos. (NASSARO, 2015, p. 15)

Neste sentido, tem-se que o termo *busca* está realmente ligado ao ato de procurar algo e o termo *revista*, está mais diretamente relacionado a busca pessoal e não tanto como sinônimo de busca em sentido amplo, neste caso, não abarcando a busca domiciliar. (NASSARO, 2015, p.16)

Várias são as discussões acerca deste tema no direito brasileiro, mas antes de aprofundarmos nestas questões faz-se necessária uma passagem sobre a origem histórica do instituto.

Em seus estudos, Carpeggiany Delfino, analisando escritos de outros doutrinadores cita que a busca pessoal, como instituto de prova tem sua origem o processo penal canônico na idade média, mas já era descrito, de certa forma, na “A lei das XII Tábuas” no Direito Romano. (DELFINO, 2013, p.17)

Segundo o mesmo autor, a busca pessoal na Idade Média em relação ao processo penal canônico, teve uma transformação do sistema acusatório para o

inquisitivo, deixando-se dessa maneira de serem observados os direitos individuais, pois na inquisição a incessante busca pela condenação do chamado “herege”, não prezava pela integridade física e psíquica do acusado, utilizando-se para a obtenção de confissões, inclusive práticas de tortura.

A busca domiciliar e a pessoal não eram amparadas por qualquer tipo de requisito, sendo feitas inclusive sem a presença do acusado. (DELFINO, 2013, p. 17)

Já no Direito Romano não se distinguia a busca pessoal da busca domiciliar, isto é, ambas eram feitas em conjunto e consideradas um só ato, pois não fazia sentido realizar a busca no indivíduo, sendo que este poderia ter ocultado alguma prova ou objeto em sua residência.

Neste ponto, explica ainda Delfino que, o Direito Romano protegia a casa em detrimento do indivíduo, este poderia até mesmo responder com o próprio corpo por suas dívidas, já a propriedade era considerada como um bem pertencente à família. (DELFINO, 2013, p. 18)

A Lei das XII Tábuas não fazia menção expressa ao instituto da busca e da apreensão, todavia pode-se afirmar que os primeiros contornos legais da busca pessoal passam pela busca domiciliar, resguardando a proteção da casa do indivíduo. A Tábua VIII “Dos Delitos”, Número XV, cuidava do furto, estabelecendo que caberia ao lesado a iniciativa para a apuração e punição dos delitos privados, incluindo-se as subtrações indevidas. Nesse contexto a busca domiciliar foi praticamente regulamentada na Lei das XII Tábuas, quando estabeleceu o procedimento que o ofendido teria que seguir, este deveria ser realizado pelo interessado, em ato solene, ingressando nu na casa de quem recaía a suspeita, apenas protegido por um cinto, em respeito ao pudor de terceiros, e portando nas mãos um prato para nele colocar o objeto encontrado e também para demonstrar que em suas mãos nada mais possuía. (DELFINO, 2013, p.18)

No Brasil muitas foram às mudanças até que se atingisse a legislação que vigora atualmente. O Imperador Dom Pedro I, antes mesmo da existência de Constituição ou leis ordinárias, estabeleceu algumas limitações para a efetivação da busca domiciliar, com o intuito de evitar violações aos direitos da segurança individual, da propriedade e da imunidade da casa da pessoa, que já eram, há época, considerados direitos sagrados e invioláveis. (DELFINO, 2013, 9. 19)

Com a criação do Código de Processo Criminal, de 1832, que positivou o instituto “Das Buscas”, estabeleceu-se alguns requisitos para a concessão, formas, competência e atribuição para executá-la, proibindo, por exemplo, em seu art. 197, a busca durante a noite. (DELFINO, 2013, p. 19)

No Brasil Império, com o Código de Processo Criminal de 1832, observa-se um avanço na garantia dos direitos individuais no que tange a realização da busca pessoal e domiciliar a fim de aperfeiçoar os institutos com regras rígidas e visando evitar arbitrariedades.

Desde então, procedeu-se o aperfeiçoamento na legislação processual penal através de decretos, tratados e reformas legislativas visando à obtenção de provas, através do instituto da busca, e a consequente proteção aos direitos do investigado.

Entretanto, importante destacar que com a promulgação da primeira Constituição da República, foi delegado aos estados legislar sobre a matéria processual e, em razão disso, muitas foram as falhas e omissões a respeito das buscas e apreensões. (DELFINO, 2013, p. 20)

Mas, com a promulgação da Constituição de 1934 que retornou para a União tal competência, houve uma evolução da legislação criminal. A partir de então foi nomeada a comissão de estudo para a elaboração de um Código de Processo Penal. (DELFINO, 2013, p. 20)

No dia 13 de outubro de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689, que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1942, e que está vigente até os dias de hoje. O atual CPP classifica os institutos da busca e apreensão como “Provas”. Essa classificação criou muitas divergências doutrinárias que resultaram em propostas de reformas legislativas. Sobre essas propostas, são apresentadas várias classificações do instituto da busca, em projetos e anteprojetos de reforma processual penal, em dado momento a busca é tratada como “Prova”, ora como “Providências que Recae sobre Pessoas ou Coisas” ou “Dos Atos Processuais Coativos”. (DELFINO, 2013, p. 21)

Destaca-se ainda que atualmente a doutrina interpreta extensivamente esse meio de prova (acautelatória e coercitiva) para autorizar, além da inspeção do corpo e das vestes, a revista em tudo que estiver na esfera de custódia do suspeito, como bolsa, sacolas, carteira e automóvel.

Como todo ato administrativo, a abordagem e a busca pessoal possuem os atributos da imperatividade, coercibilidade e autoexecutoriedade, isto é, impõe-se de forma coercitiva, independentemente de concordância do cidadão, e são realizadas de ofício, a partir de circunstâncias determinantes, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.(ALVES, 2015)

Desta feita, no momento da abordagem, cabe ao cidadão tão somente obedecer às ordens do policial, sob pena de incorrer no crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, e se este se opõe, mediante violência ou ameaça, a ser submetido a busca pessoal, ele pratica o crime de resistência, previsto no artigo 329 do mesmo diploma legal. Nesse caso, o policial pode fazer uso da força para vencer a resistência ou defender-se, consoante artigo 292 do Código de Processo Penal.(ALVES, 2015)

Outro ponto de importante destaque é que a “abordagem policial” não é sinônimo de “busca pessoal”, embora a segunda (busca pessoal) sempre ocorra em decorrência da primeira (abordagem policial). Na prática pode ocorrer uma abordagem policial (simples restrição do direito de ir e vir do cidadão para a verificação de sua identificação, seu veículo, seus pertences, etc.) sem que ocorra a busca pessoal.

O Manual Técnico Profissional (MTP) da Polícia Militar de Minas Gerais, traz a definição de ambos os institutos, segundo a prática policial a abordagem policial seria:

A abordagem policial é o conjunto 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, advertências de pessoas, verificações, realização de buscas e detenções. (MINAS GERAIS.MPT da PMMG, 2013, p. 65)

Já com relação à busca pessoa, o manual a define como sendo:

Uma técnica policial utilizada para fins preventivos ou repressivos, que visa à procura de produtos de crime, objetos ilícitos ou lícitos que possam ser utilizados para a prática de delitos que estejam de posse da pessoa. Será realizada no corpo, nas vestimentas e pertences do abordado, observando-se todos os aspectos legais, técnicos e éticos necessários. (MINAS GERAIS.MPT da PMMG, 2013, p. 79)

Observa-se com isto que o propósito da busca nem sempre será a descoberta ou até mesmo a apreensão de algo, quando, por exemplo, for requerida

pela defesa, o intuito será comprovar que o indivíduo não está na posse de um objeto em questão ou que nada tem a ocultar. (NASSARO, 2015, p. 18)

Neste sentido, tem-se que a abordagem policial é gênero que engloba diversas espécies de intervenções policiais dentre elas a busca pessoal e que para a realização da busca pessoal é necessária a utilização de três técnicas, a saber: a abordagem policial, a busca, de fato, e a identificação. A abordagem acontece quando, materializada a “fundada suspeita” – da qual falaremos melhor a seguir - e tendo por meta a finalidade pública de segurança e proteção da sociedade, os policiais realizam a aproximação do indivíduo, tomando a posição de segurança, que serve ao policial e ao cidadão abordado, a fim de minimizar eventuais reações. Deste modo, passa-se a realização da busca e posteriormente a identificação do abordado, informando-o sobre a motivação que despertou a abordagem. (DELFINO, 2013, p. 21)

Vale destacar que, como todo ato administrativo, a busca pessoal deve acontecer somente se estiver fundamentada em uma motivação legal, não podendo ser, portanto, um ato isolado do estado, representado pelo policial, muito menos arbitrário ou ilegal.

3.2 ESPÉCIES

3.2.1 A busca pessoal de caráter preventivo *versus* a busca pessoal processual

Ainda analisando o instituto da busca pessoal, a doutrina pátria apresenta algumas espécies de classificação, principalmente ao que se refere ao momento em que a busca se realiza e a sua finalidade.

Segundo Nassaro, a busca pessoal poderá ter caráter preventivo ou processual. (NASSARO, 2015, p.46)

Se a busca é realizada por iniciativa da Autoridade Policial, antes da efetiva constatação da prática do crime, ela constitui ato legitimado pelo poder de polícia, sendo, portanto, ato administrativo, com objetivo preventivo e pré processual.

No entanto, se a busca pessoal é realizada após a prática delituosa, normalmente visa atender interesse processual e a coleta de objetos necessários ou

relevantes ao conjunto probatório da infração ou, ao contrário, à defesa do réu. (NASSARO, 2015, p.47)

Além disso, explica Nassaro, que além do momento em que a busca pessoal é realizada, outro aspecto de interesse para essa classificação se refere a sua finalidade:

Quanto aos critérios de classificação da busca pessoal em preventiva ou processual, além do aspecto do momento em que ela é realizada (antes ou depois da prática do crime ou da sua constatação), foi mencionada, ainda, a sua finalidade, vez que tecnicamente é possível conceber-se busca pessoal de natureza preventiva até mesmo em réu preso, por exemplo, que será movimentado de um estabelecimento prisional para outro, ou que será apresentado perante o juiz e a sociedade, em audiência criminal, por evidente questão de segurança indispensável nesta circunstância, e realizada por iniciativa da polícia (durante a escolta) para a finalidade de preservação da ordem pública. (NASSARO, 2015, p.47)

Esclarece-se ainda que, como dito, todo ato administrativo, assim tal como o é a busca pessoal, é ato discricionário inerente ao poder de polícia estatal, no entanto, obedece aos limites estabelecidos em lei.

Na prática, como vemos, a busca pessoal preventiva e a processual caminham lado a lado, explica Nassaro:

A busca pessoal preventiva, que tem como impulso a movimentação da polícia administrativa no campo da prevenção, pode resultar, no entanto, em encontro de objeto ou informação que caracterizem a prática de crime ou contravenção penal. A partir do exato momento da constatação da prática delituosa, por exemplo, a localização de uma arma portada em condição irregular, passa a busca pessoal ter interesse processual e, conseqüentemente, a ser regulada junto às outras diligências necessárias, objetivamente pelas disposições da norma processual penal. (NASSARO, 2015, p. 49)

Por fim, importante apenas destacar que, apesar da existência da classificação da busca pessoal de caráter processual, é indiscutível que a maioria absoluta dos casos das buscas realizadas em indivíduos tem caráter preventivo e são realizadas geralmente durante o policiamento ostensivo das policiais militares.

3.2.2 A busca pessoal preliminar *versus* a busca pessoal minuciosa

Outra classificação também adotada pela doutrina é com relação ao grau de rigor empreendido no ato da revista, sendo assim, classifica-se em busca pessoal preliminar e a busca pessoal minuciosa.

A busca pessoal preliminar geralmente é mais superficial, sendo realizada basicamente com o tateamento do corpo do revistado, por cima de suas vestes, mediante toques rápidos e precisos. Neste tipo de busca é utilizado mais o tato que propriamente a visão do policial. (NASSARO, 2015, p.57)

Em contrapartida, a busca minuciosa, também conhecida como “revista íntima”, a depender do caso, é a verificação detalhada do corpo do indivíduo, sendo realizada através da retirada das peças de roupa, sapatos, além da conferência em seus objetos e pertences.

A busca pessoal minuciosa é sempre realizada em local apropriado, isolado do público, sempre que possível na presença de testemunha. (NASSARO, 2015, p.58)

Importante destacar, que em comparação a busca pessoal preliminar, a busca pessoal minuciosa expõe muito mais a esfera privada do indivíduo e por isso deve ser utilizada somente nos casos em que o interesse comum pela segurança se sobrepuser ao interesse individual.

3.2.3 A busca pessoal individual *versus* a busca pessoal coletiva

A classificação da busca pessoal individual e coletiva refere-se ao estudo do sujeito passivo da ação realizada, isto é, sobre quem recairá a busca e conseqüentemente, quem sofre as restrições aos direitos individuais por ela impostas.

A busca pessoal individual é a mais comum. É o procedimento cotidiano da atividade policial preventiva, na qual, como já dito, o indivíduo pratica eventual conduta motivadora e em contrapartida tem alguns de seus direitos individuais, tais como, o direito de ir e vir, a presunção de inocência, a liberdade e etc., restringidos momentaneamente, em prol da segurança coletiva e da ordem pública.

A questão central desta classificação recai sobre a busca pessoal coletiva, ou seja, aquela realizada em um grupo de pessoa que estejam em determinada situação específica, na qual o poder público tenha interesse em garantir a segurança dessa mesma coletividade.

Segundo Nassaro, constitui uma situação peculiar e uma medida excepcional, realizada, por exemplo, em grandes eventos, tal como em partidas de futebol. (NASSARO, 2015, p. 59)

Esclarece-se ainda que com relação a busca pessoal individual, de caráter preventivo, a questão de igualdade de tratamento, bem como, a motivação em torno da “fundada suspeita” ganha maior destaque, vez que normalmente a escolha do sujeito passivo está vinculado ao poder decisório do policial. Já com relação a busca pessoal coletiva, não se verifica, em grande número, queixas de arbitrariedades ou desigualdades, vez que há a sujeição de todo o grupo. (NASSARO, 2015, p. 61)

Cabe apenas esclarecer que muitas vezes, devido ao volume de pessoas, ao número reduzido de policiais, ou até mesmo visando respeitar a logística de algum evento, a busca pessoal coletiva em cada pessoa torna-se inviável, nestes casos, a escolha de quem será o sujeito da busca pessoal deverá acontecer de maneira aleatória, de preferência sem a interferência humana, através de um alarme, uma amostragem e etc., evitando deste modo qualquer desvio ao tratamento igualitário. (NASSARO, 2015, p. 62)

3.3 ASPECTOS JURÍDICOS

3.3.1 Natureza Jurídica

Quase sempre, com relação à natureza jurídica da busca pessoal, a doutrina tem relacionado o estudo com a análise da natureza da apreensão, tendo em vista o disposto no código de processo penal, no título “das provas”.

Nas palavras de Nassaro, que cita Magalhães de Noronha, tanto a busca quanto a apreensão constituem providência cautelar:

Compreende-se a finalidade da medida cautelar, pois a prova não é eterna; se *real*, está sujeita à ação do tempo, que destrói consome; se

peçoal, pode desaparecer seja pelo falecimento da pessoa, seja por seu paradeiro ignorado e etc. (NASSARO, 2015, p. 27)

Nesta análise, tem-se ainda que, numa abordagem em separado da apreensão, a natureza jurídica da busca deve ser analisada partindo da discussão da classificação desse instituto tal como meio de prova, instrumento de sua obtenção ou como forma de coação processual penal lícita.

Ainda de acordo com o doutrinador Adilson Nassaro, por possuir “caráter híbrido”, como já foi visto, havendo diversas espécies de busca pessoal, ora a mesma terá natureza de mero ato preliminar, funcionando como meio de investigação, ora funcionará como instrumento processual para a instrução criminal e obtenção de provas. (NASSARO, 2015, p. 27)

De toda maneira, ainda que se discuta qual a natureza jurídica do instituto da busca pessoal o que se observa com bastante clareza é o seu caráter assecuratório, independentemente de qualquer classificação ou espécie, o objetivo central da busca pessoal é o de viabilizar a obtenção ou a constatação da indisponibilidade de provas, sujeitando-se por isso as regras a estas impostas. (NASSARO, 2015, p. 28)

3.3.2 A busca pessoal e a revista privada

A princípio, cabe-nos diferenciar a busca pessoal, que como já dito, trata-se de uma atividade estatal, que somente poderá ser exercida por agentes que possuem a função de garantir a segurança pública e investidos do poder de polícia, da chamada “revista privada”, que são aquelas feitas por vigilantes ou seguranças de empresas privadas em estabelecimentos particulares.

Na revista privada, o objetivo principal não é o de manter a ordem e a segurança pública, mas sim impedir a entrada de objetos, tais como armas de fogo, armas brancas, drogas ilícitas, que possam de alguma maneira colocar em perigo os frequentadores ou até mesmo a reputação do local.

As revistas privadas, apesar de não estarem previstas no código de processo penal, estão regulamentadas por outros dispositivos legais. Como dito, a Divisão de Legislação e Pareceres da Coordenação Geral de Controle de Segurança Privada do Departamento de Polícia Federal (DPF) é o órgão responsável por

regular e controlar as atividades realizadas pelas empresas de segurança privada no Brasil. Tal órgão emitiu o Parecer n.º 694/DELP/CGCSP/2013, tratando do assunto, ao regulamentar as revistas privadas nos jogos da Copa do Mundo, é o que segue:

A questão objeto da presente consulta refere-se à “procura” em locais privados, imposta como condição de acesso a estabelecimentos particulares ou de acesso controlado, como por exemplo, a entrada em empresas, em casas de espetáculos, boates e, especificamente, dentro dos estágios de futebol onde irão se realizar os jogos da Copas das Confederações e Copa do Mundo. Nestes casos, a atividade de revista não é, rotineiramente, realizada pelo estado, em obediência ao exercício do poder de polícia e das atribuições previstas no art. 144 da CF, mas por indivíduos que desempenham uma atividade complementar à segurança pública - segurança privada. O “agente buscador” dessa atividade é o agente particular de segurança, ou seja, o vigilante. Ao contrário da busca pessoal (exercida pelo Estado) que tem caráter preventivo e processual, a revista privada visa, apenas, a coibir a entrada de armas ou de objetos que possam causar perigo aos usuários ou cuja posse seja, por si só, ilícita. (BRASIL, 2013)

Nestes termos tem-se que a fundamentação para a realização da revista privada paira na questão da responsabilidade civil dos responsáveis pela realização de eventos e em locais com grande aglomeração de pessoas. Este tipo de revista está muito mais próximo de um aspecto da relação de consumo, na qual o fornecedor garante a qualidade do serviço prestado aos clientes/ frequentadores/ consumidores. (DELFINO, 2013, p. 79)

Importante ainda destacar que a revista privada, ao contrário da busca pessoal, está sujeita a anuência do revistado e cabe ao vigilante apenas realizar a revista preliminar, ou seja, a revista superficial, sendo que o tratamento dado a todos deve ser igualitário, não havendo qualquer tipo de seletividade ou discriminação.

No caso em que o vigilante encontrar algo que leve à suspeita de crime, nos casos de flagrante delito, não pode o vigilante realizar a “ revista forçada” de um consumidor, o que ele pode fazer é, impedir a saída do cliente e chamar imediatamente a PM. Essa faculdade é dada a qualquer cidadão, pois, em síntese, os atos permitidos aos seguranças privados são exatamente aqueles dados a qualquer cidadão, em conformidade com o art. 301 do CPP. (DELFINO, 2013, p. 80)

Em suma, não se confunde a busca pessoal, que é ato administrativo, realizada somente por agentes legitimados, baseada no exercício do poder de polícia, possuindo atributos tais como auto-executoriedade, imperatividade e legitimidade, exercido de forma discricionária pela autoridade policial, com a denominada revista privada, que simplesmente baseia-se em um acordo contratual comercial.

4 A FUNDADA SUSPEITA

Como já dito, a busca pessoal, segundo o artigo 244 do Código de Processo Penal, independerá de mandado nos casos de prisão, quando a medida for determinada no curso de uma busca domiciliar ou quando houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papeis que constituam corpo de delito.

Apesar de a constitucionalidade de tal artigo ser alvo de críticas e analisado constantemente nos tribunais, com relação às duas primeiras hipóteses não existem muitas dúvidas, pois o texto da lei não impôs nenhum requisito prévio a ser analisado pelo policial executor da abordagem, mas a terceira situação deve ser tratada com cautela.

Nota-se, que nos casos em que a dúvida paira se pessoa está ou não na posse de arma proibida, objetos ou papeis que constituam corpo de delito, é necessário, para que exista legitimidade na atuação do policial que irá proceder à busca pessoal, à observância do requisito da “fundada suspeita”.

Tem-se que a expressão “fundada suspeita” é permeada de subjetividade, não possui uma definição legal e até mesmo a doutrina pátria encontra dificuldades ao abordar o tema. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o melhor conceito para expressão seria:

...é requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. *Suspeita* é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige *fundada* suspeita, 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 a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, mas continua sendo crucial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem- revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente. (NUCCI, 2007, p. 502)

Destaca-se que Nucci, mais do que tentar exaurir o significado da expressão “fundada suspeita”, frisa a necessidade de que a conduta do policial

tenha sempre fundamentação concreta, com denúncias ou testemunhas, e não seja apenas uma mera dedução subjetiva ou uma presunção desarrazoada.

Já o doutrinador Eugênio Pacelli, preocupa-se mais em afastar uma propensa inconstitucionalidade do dispositivo que autoriza a busca pessoal sem mandado judicial, do que propriamente conceituar o requisito legal.

A busca pessoal, a nosso aviso, não depende de autorização judicial, ainda que se possa constatar, em certa medida, uma violação à intangibilidade do direito a intimidade e à privacidade, previstos no art. 5º, X, da CF.

Como sustentamos alhures, na abordagem relativa à quebra de sigilo bancário, a exigência de autorização judicial para determinadas restrições de direito não é absoluta, podendo a lei autorizar determinadas atividades e/ou funções realizadas pelo Poder Público, de cuja atuação resulte a redução do âmbito do exercício das citadas garantias individuais. Para isso, será sempre necessário observar a indispensável proporcionalidade da medida, no que se refere ao grau de afetação do direito e à indispensabilidade da atuação estatal.

Sob tais considerações, acreditamos perfeitamente possível a realização de busca pessoal sem autorização judicial, desde que, uma vez prevista em lei existam e estejam presentes razões de natureza cautelar e, por isso, urgentes. (OLIVEIRA, 2007, p. 371)

Destaca-se que além de apoiar a constitucionalidade do artigo 244 do Código de Processo Penal, há doutrinadores que defendem a legitimidade da experiência policial na realização de busca pessoal em suspeitos, sem que isso caracterize qualquer tipo de abuso ou afronta aos direitos individuais. Este é o posicionamento de Eduardo Espínola Filho, citado por Daniel Nazareno de Andrade:

A maioria dos julgados já dava apoio a essa atitude, de uma intuitiva oportunidade e que se enquadra nitidamente no cumprimento dos deveres de assegurar a tranquilidade e o sossego públicos e de prevenir e reprimir as violações da lei penal, aos quais é a polícia obrigada. Mas, de quando em vez, uma decisão desgarrada reputava arbitrária a revista, e, embora a suspeita do policial se confirmasse como muito bem fundada, com a apuração de que o revistado tinha consigo armas, cujo o porte é punido, listas de apostas, cuja posse é configurativa da atividade contravencional dos bicheiros, a absolvição era pronunciada, com o mais franco desprezo de um elemento material eloquentíssimo, como a apreensão do corpo de delito em poder do indiciado, sob o pretexto de que houve desrespeito à sua liberdade pessoal- liberdade pessoal, na verdade, muito mal aplicada, no contínuo e permanente desrespeito (este, sim, manifesto, evidente) das determinações legais. (ANDRADE, 2011, p. 4)

Nestes termos, com relação a “fundada suspeita.na busca pessoal, tem-se que o policial pode alegar uma serie de fundamentos e motivos que o levaram a abordar e revistar o indivíduo e seus pertences, e, como dito, sendo a norma processual penal aberta e permeável, dificulta a comprovação de abusos por parte dos agentes que procedem a busca.

A maioria dos doutrinadores pátrios ao abordarem o tema da “fundada suspeita” se interessam apenas em destacar que a “suspeita” motivadora de uma busca pessoal não pode ser por completo desarrazoada, infundada, sem qualquer tipo de elemento concreto. Por esse motivo, é que a legislação fala em “fundada suspeita” e não apenas na “suspeita”, pura e simples. No entanto, exigir do policial ou do agente executor da busca pessoal que exista sempre uma denúncia ou uma testemunha a confirmar seus critérios parece-nos uma medida um tanto quanto drástica de mais, que, na prática, poderia colocar em risco a segurança e ordem pública por excesso de zelo policial.

É basicamente nestes termos que vários doutrinadores comparam o termo “fundadas razões”, que aparece no artigo 240, §1º do CPP, ao tratar da busca domiciliar, com o requisito da busca pessoal, “fundada suspeita”. No entendimento de Daniel Nazareno de Andrade, na busca domiciliar o termo utilizado tem apelo de mais rigor, de mais importância, do que na busca pessoal, é o que expõe:

Esse maior rigor, na definição da busca domiciliar prender-se-ia ao fato de que, ao contrário da busca domiciliar, a busca pessoal se faz normalmente em público, na presença de terceiros, da sociedade, o que pode representar, em certas circunstâncias, uma defesa contra abusos que a busca domiciliar, em regra, não teria. O abuso de ser molestado em seu próprio domicílio (onde se acredita ter a maior segurança possível frente às arbitrariedades do Estado e seu agente) teria conotação mais gravosa que no caso da busca pessoal, o que justificaria as divergências no tratamento legal. (ANDRADE, 2011, p. 5)

A expressão “fundada suspeita” além de estar presente, como dito, no Código de Processo Penal, aparece ainda em vários diplomas, legais, inclusive no Código de Processo Penal Militar. A extensão da expressão a outros diplomas legais, só afirma a sua importância e a necessidade de um estudo sistemático, visando que a subjetividade e abertura não sejam fundamentos para abusos.

Importante ainda destacar, que a margem interpretativa inserida na expressão “fundada suspeita” é prova de que o Estado confia na aplicação da lei pelo agente policial e aposta que suas ações não serão abusivas ou ilegais.

Ainda segundo, Daniel Nazareno de Andrade, os limites para interpretação das atitudes policiais como legítimas ou não, tem fundamento na própria Constituição Federal que em seu artigo 5º estabelece os direitos e garantias fundamentais, que são inclusive cláusulas pétreas. Além disso, aduz o mesmo autor que qualquer ato que ultrapasse os limites da razoabilidade ou careçam de

justificativa estão sujeitos ao que prevê o art. 37, 6º da CF, que trata da responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes. (ANDRADE, 2011, p. 6)

Sobre tal responsabilidade objetiva do Estado tem-se o seguinte julgado proferido pelo extinto Tribunal de Alçada do estado de Minas Gerais:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - CLIENTE DE SUPERMERCADO - SUSPEITA INFUNDADA DE FURTO - ACIONAMENTO DA POLÍCIA - REVISTA PÚBLICA PELOS MILITARES - DANO MORAL CARACTERIZADO. Caracteriza dano moral a revista em público de pessoa cliente de supermercado, sob suspeita infundada de subtração de mercadorias. A imputação de prática de ato ilícito, fundada em suspeita, ofende direito constitucionalmente assegurado, devendo a indenização ser admitida como meio de ressarcimento pela dor sofrida. Não há se falar em reciprocidade de culpas se a matéria sequer foi alegada no correr da instrução processual e, de resto, sem nenhuma pertinência no caso dos autos. Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, e aquele atribuído deve atender às condições tanto de quem paga, como de quem recebe, para a própria viabilidade do cumprimento da obrigação. Decisão: NEGAR PROVIMENTO (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 2.0000.00.320284-8/000, 2000)

Na verdade, o que se nota é que a população civil de modo geral não tem conhecimento de que a suspeição que motiva a abordagem não pode ser arbitrária e caso seja está sujeita ao crivo do Poder Judiciário e ensejariam as devidas reparações. No entanto, o que se vê sendo aceito com bastante frequência é o exercício da busca pessoal com objetivo preventivo. E do que trata o seguinte julgado extraído do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

APELACAO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ALEGACAO DE SENTENCA - APOIADA EM PROVA ILICITA POR DERIVACAO. INEXISTENCIA. ABORDAGEM POLICIAL REVESTIDA DAS FORMALIDADES LEGAIS. BUSCA PESSOAL AUTORIZADA EM FUNDADA SUSPEITA. ACAO POLICIAL PREVENTIVA. PREVENCAO EFICIENTE DAQUELA OPORTUNIDADE. APELANTE QUE APOS O FATO E PRESO E ACUSADO DA PRATICA DE HOMICIDIO. PROVIMENTO NEGADO. RESTAM COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO PORTE ILEGAL DE ARMA QUANDO O AGENTE, ABORDADO POR POLICIAIS MILITARES EM ACAO PREVENTIVA E APOS REVISTA PESSOAL E ENCONTRADO, SEM AUTORIZACAO PARA FAZE-LO, EM PODER DE - ARMA MUNICIADA QUE, APÓS PERICIADA, CONCLUI-SE PELA SUA POTENCIALIDADE LESIVA. INEXISTE ILICITUDE DE PROVA OBTIDA POR MEIO DE BUSCA - PESSOAL QUANDO A ABORDAGEM POLICIAL E REVESTIDA DAS FOR MALIDADES LEGAIS PREVISTA NO ART. 244 DO CPP, ISTO E, QUANDO HOVER FUNDADA SUSPEITA DE QUE A PESSOA ESTEJA - NA POSSE DE ARMA PROIBIDA. MEDIDA QUE RESULTOU EM VERDADEIRA E EFICIENTE PREVENCAO NAQUELA OPORTUNIDADE POR- QUANTO APOS O FATO O APELANTE FOI

PRESO E ACUSADO DA - PRÁTICA DE HOMICÍDIO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Conclusão: Acorda a Egrégia PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL Na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado: A UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Apelação Criminal nº 035979002876, 1998)

De acordo com tal acórdão, a ideia de prevenção seria legitimadora para qualquer abordagem policial, a fundada suspeita seria tratada de maneira secundária frente ao interesse maior de prevenir a ocorrência de um possível crime. Tal posicionamento, conforme temos demonstrado, não deve ganhar forças e faz-se necessário delimitar, ainda que por exclusão, o que na prática poderá ser considerada a “fundada suspeita”, em prol da segurança jurídica em relação ao trabalho policial e também para a sociedade. Deste modo, poderão ser evitadas situações vexatórias, que colocam inocentes em posição de suspeita. É o que trata o seguinte trecho extraído de um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

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. Supremo Tribunal Federal, HC nº 81.305-4/GO, 2002)

Nota-se a sempre presente a crítica à subjetividade do uso da busca pessoal baseada em vazia suspeita do agente público, porém o uso da busca pessoal na atividade policial vem sendo utilizada, recorrentemente, como meio preventivo, forma de manutenção da ordem pública e de verificação de identidade civil de pessoas suspeitas de estar cometendo ou prestes a cometer algum ilícito. Como dito, critérios de definição da “fundada suspeita” são importantes para determinar o uso da busca pessoal como diligência, como prevenção para atividades ilícitas ou ambos os casos.

No entanto, o que se percebe é que quando se aborda a pessoa, realiza-se a busca pessoal e se obtém sucesso em encontrar algo ilícito, se concretizou a “fundada suspeita”. Ao passo que, quando isso não acontece, se comete abuso, pois, não se caracteriza a “fundada suspeita” apenas pela aparência de um indivíduo. Nesse ínterim, torna-se complexa a definição de quando o requisito da “fundada suspeita” foi utilizado de maneira correta, baseando a culpa do agente na

circunstância de ele não adivinhar quem tem realmente posse de algo ilícito ou não. (ANDRADE, 2011, p.8)

Cabe aqui retomar o já estudado no capítulo 2 deste trabalho, a crítica a subjetividade do requisito “fundada suspeita” está direcionada a formação de estereótipos e a violação dos direitos humanos dos indivíduos. Quando um policial realiza uma abordagem e conseqüentemente procede a busca pessoal, este deve “fundamentar” sua suspeita em atitudes e não na aparência do abordado.

Com relação a este tema, as pesquisadoras Silvia Ramos e Leonarda Musumeci, trazem uma nova perspectiva da já citada obra de Cesare Lombroso, analisando que aquele, ao descrever as características de um criminoso nato por seus atributos físicos, trabalhava sua pesquisa com base no positivismo biológico, e atualmente o que se observa, inclusive com relação as abordagens e buscas pessoais é que as policias se baseiam no chamado “positivismo sociológico”. Ainda que se tenha, em certa medida, abandonado a aparência física do indivíduo como base para a determinação de um suspeito, as características físicas e o meio em que se encontra, ainda não levados em consideração. (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 34)

De acordo com tais pesquisadoras, apesar de a pesquisa ter sido aplicada em pessoas de grupos sociais diferentes, algumas características estão presentes e interligadas nas diferentes classes sociais, chegando-se assim ao que a população insiste em definir como “elemento suspeito”. Este “elemento suspeito” fatalmente será alvo de abordagem e busca pessoa por parte das policias. (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 36)

Além disso, algumas características não são comuns aos grupos de diferentes classes sociais, mas dentro de um mesmo grupo, de uma mesma classe social, foram apontados como determinantes e na opinião dos entrevistados, chamariam a atenção da polícia. Destaca-se, contudo, que em todos os grupos pesquisados, a maioria das características elencadas estão relacionadas à aparência da pessoa e não a sua conduta, atitudes ou gestos.(RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 36)

É o que aponta o quadro abaixo extraído da pesquisa realizada no município do Rio de Janeiro:

Adolescentes Zona Oeste	Adolescentes Zona Sul	Universitários Multirracial	Universitários Negros
1º Roupas de marca	Olhos vermelhos	Ser negro	Ser negro
2º Tênis de marca	Atitude (gestos)	Jeito de andar	Adolescente homem
3º Cor da pele	Ar desleixado	Roupa	Cabeça raspada
4º Camisa largona	Brinco e <i>piercing</i>	Corte de cabelo	Cordão de ouro
5º Cordão de ouro	Cabelo grande	Ser homem jovem	Cigarro
6º Cigarro	Sandália aberta	Local de moradia	Boné
7º Boné	Barba ou bigode	Cordão de ouro	Cabelo grande
8º Bermuda caída	Colar pensamento	Boné	Bermuda
9º Modo de falar	Bebendo cerveja	Relógio	Pacote na mão
10º Olhos vermelhos	Fumando cigarro	Tênis	Óculos escuros

(RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda, 2005, p. 89)

Nota-se que, aos olhos da população de maneira geral, ser negro, estar malvestido, fumando cigarro, são características que fariam de um indivíduo propenso a ser submetido a busca pessoal.

Outro ponto de destaque na pesquisa é com relação à aceitação às abordagens por parte da população. Ao mesmo tempo em que são mal vistas, quando é o entrevistado que será submetido a busca, causam uma boa impressão na população que presenciam a atuação policial, gerando “sensação de segurança”. Além disso, os entrevistados relatam que o tratamento do policial em relação a eles na abordagem é de forma educada e gentil, sendo que em outros questionamentos, relatam que foram desrespeitados ou tiveram um tratamento desleixado, isso demonstra que a população analisa individualmente o atendimento de cada policial em uma abordagem, sendo alguns bons e outros desrespeitosos. (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 120)

Ressalte-se por fim que, Daniel Nazareno de Andrade, aponta como aspecto crucial para este tipo de discurso a base histórica brasileira, na qual foi construída e consolidada o pensamento jurídico do Brasil. Segundo tal autor, de origem escravocrata, nosso país sofre até os dias atuais com a herança do preconceito. Em seus termos:

Todo esse sistema de controle social está no discurso oficial de que o direito penal serve para proteger os bens jurídicos, prevenir a prática de crimes, está representado por uma igualdade, por uma prevenção geral. No entanto se tem um controle social formado por diversas instituições, que trabalham para manter o mesmo sistema de controle que se repete há muito tempo, controlando as classes desfavorecidas em favor de poderosos, ou seja, a criminalização de fatos praticados pelas classes de proletários, um sistema que visa garantir a manutenção do poder em relação à classe dominada, garantindo a reprodução dessas classes sociais com o apoio de todas essas instituições (ANDRADE, 2011)

Diante do exposto, nota-se na prática a existente criminalização de indivíduos estereotipados, e, enquanto que para estes elementos o tratamento é rigoroso, com tudo que a lei pode oferecer, visando afastá-los do restante da sociedade, para outros que não se enquadram neste padrão difundido, mas que muitas vezes são autores de crimes gravíssimos que afetarão toda sociedade, o tratamento é mais brando e os mesmos são vistos apenas como meras pessoas sem honra.

Ainda de acordo com Daniel Nazareno de Andrade, o real discurso da função do sistema penal como todo, no que se refere a manutenção da separação social existente está claro. Trata-se da manutenção da exploração de mão-de-obra barata e abundante e o controle dessa população explorada. Em suas palavras:

(...) é a trilha que se deve seguir: ou será o caminho da submissão às classes dominantes ou será a prisão, o afastamento do indivíduo, a supressão de sua liberdade e de direitos mínimos, a sexualidade, direitos políticos, culturais, a recreação, em fim, uma forma de privá-lo de tudo, para que se lembre de respeitar os ditames dos dominadores. (ANDRADE, 2011)

Os estereótipos de criminoso vêm do próprio sistema de controle, que objetiva afastar aqueles que não se enquadram ou não aceitam as formas de dominação, dando exemplo para os que pretendem desrespeitar e ainda mantendo no centro social apenas os que interessam para a produção de capital. É de onde nasce a busca incessante pelo consumo de bens, mesmo que não se tenha condições de adquiri-los, simplesmente para não se sentir a margem. Essa é uma

triste realidade que deve a todo custo ser combatida e deslegitimada, em prol do respeito aos direitos humanos e das liberdades individuais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, infere-se que a busca pessoal é um instrumento de prevenção do crime e persecução criminal de extrema relevância no direito brasileiro e manifestação do poder de polícia do estado. Além de impedir que crimes das mais diversas modalidades aconteçam, a busca pessoal também é de suma importância para a produção de provas na fase processual.

Prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal tem como requisito para sua execução, sem mandado judicial, a “fundada suspeita” de que o indivíduo esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam o corpo de delito – exceto nos casos de prisão, que a “fundada suspeita” é dispensada.

Tal requisito, a nosso ver, tem como função precípua evitar arbítrios e abusos por parte dos policiais e agentes executores da abordagem e da busca pessoal.

Neste caso, para que os direitos individuais da pessoa, tais como, a liberdade de ir e vir, a privacidade e a intimidade sejam invadidos e violados, ainda que de maneira mínima e em prol de direitos tão caros quanto aqueles, ou seja, a paz, a segurança e a ordem pública, faz-se necessário que a “suspeita” do agente executor não seja uma “suspeita qualquer”, “simples”, “desmotivada” ou “desarrazoada”.

Ressalte-se, ao contrário, o requisito exige que sempre a “suspeita” deverá ser pautada em fundamentos, razoabilidade, testemunhas ou outras circunstâncias que comprovem um perigo ou uma dúvida real.

No entanto, em razão da vagueza da expressão “fundada suspeita” e pela falta de um rol legal que descreva quais circunstâncias se enquadrariam no requisito, na maioria dos casos, na prática, a decisão de realizar ou não busca pessoal em um indivíduo passa muito mais pelo crivo do policial do que, de fato, pela análise de aspectos ou fundamentos legais.

A experiência pessoal e outros motivadores íntimos que permeiam o policial ou agente que realiza a busca pessoal, quase na totalidade das vezes são decisivos em sua maneira de agir.

Este é, contudo, o ponto de maior embate doutrinário e até mesmo, prático, com relação ao tema da busca pessoal.

Percebe-se, neste ponto, a influência real da Teoria do Etiquetamento Social ou *labeling approach*, cujo um dos principais percussores foi o sociólogo Howard S. Becker, na década de 60, nos Estados Unidos.

De acordo com Becker, com base em algumas características já pré-conceituadas que permeiam o consciente coletivo, alguns indivíduos são “etiquetados”, “rotulados”, tidos como criminosos ou suspeitos de terem cometido um crime, ainda que sejam inocentes. Já aqueles que não se enquadram nesse estereótipo, ainda que culpados e condenados não serão vistos e tratados assim pela sociedade de maneira geral.

Na concepção do professor Salo de Carvalho, essa imagem do “suspeito”, do indivíduo com “cara de bandido”, a cada dia é reforçada nas redes sociais e nos mais diferentes tipos de mídia, que, exploram a cultura do medo e vinculam o padrão escolhido, geralmente negros, pobres, mal vestidos, tatuados, fumantes, como sendo pessoas a quem se deve temer.

A vinculação a essa ideia pelo policial no momento de realizar a abordagem e a busca pessoal é evidente, até mesmo porque, o policial ou agente executor também está inserido no meio social e sujeito a esse tipo de informação. Inúmeros são os prejuízos a sociedade civil e arbitrariedades causadas por esse tipo de atitude.

Lamentavelmente, percebemos um insistente descaso com os direitos humanos do cidadão comum, que não se vê livre o suficiente para transitar pela sociedade da maneira que lhe convém.

Vimos que, historicamente, todas às vezes que os direitos humanos, principalmente as liberdades individuais formam deixadas em segundo plano ou até mesmo retiradas do texto constitucional as consequências foram gravosas. Não podemos atualmente, admitir que nobres direitos e garantias, conquistados a duras penas, sejam subestimados ou desrespeitados.

Neste sentido, é que se espera que o requisito da “fundada suspeita” seja analisado sempre a ótica da atitude do indivíduo e não da sua aparência, em que em atenção aos direitos humanos todos sejam tratados de maneira igualitária ao serem submetidos a busca pessoal, independentemente de cor, classe social, sexo, orientação sexual e etc.

Finalmente, entendemos que retirar o crivo do policial que está na rua, impondo-lhe requisitos taxativos e objetivos para realização da busca pessoal, ao

tão ponto limitar seu trabalho, seria o mesmo que fadar a atuação policial à ineficácia e ao fracasso.

Ideais de treinamentos institucionais voltados ao conhecimento e respeito aos direitos humanos, incluindo práticas que visem a quebra de paradigmas de estereótipos, valorização das carreiras policiais, incentivo ao aperfeiçoamento e até mesmo a desmilitarização das polícias militares seriam o melhor caminho para se atingir de modo eficaz o objetivo da busca pessoal e o respeito ao verdadeiro significado de “fundada suspeita”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Kim Nunes. **Abordagem policial: a busca pessoal e seus aspectos legais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19727/abordagem-policial-a-busca-pessoal-e-seus-aspectos-legais>>. Acesso em: 18 out. 2015.

ANDRADE, Daniel Nazareno de. **A formação da fundada suspeita na atividade policial e os desafios da segurança pública no estado democrático de direito.** Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2nQt5iX6CDUJ:www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/daniel-nazareno-de-andrade.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

BAYER, Diego Augusto. **Teoria do etiquetamento: a criação de estereótipos e a exclusão social dos tipos.** Disponível em:

<<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943199/teoria-do-etiquetamento-a-criacao-de-estereotipos-e-a-exclusao-social-dos-tipos>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BELLINHO, Lilith Abrantes. **Uma evolução histórica dos direitos humanos.** Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c8PbYdQtmCsJ:www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/lilith-abrantes-bellino.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.** Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Indeferimento de Apelação Criminal.** Apelação Criminal n. 035979002876. Relator: Desembargador: Osly Da Silva Ferreira. 22 abr. 1998. Disponível em: Acesso em: 30 out. 2015.

_____, MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. **Indeferimento de Apelação Cível.** Apelação Cível n. 2.0000.00.320284-8/000. Supermercado Shimoda Ltda e Domingos Fabiano da Silva e Outros. Relator: Juiz: Gouvêa Rios. 28 nov. 2000. Disponível em: Acesso em: 15 de out. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de pedido de Habeas Corpus.** HC nº 81.305-4/GO, Marcelo Carmo Godinho e Turma Julgadora Criminal dos Juizados Especiais da Comarca de Goiânia. Relator: Min. Ilmar Galvão. 22 fev. 2002. Disponível em Acesso em: 30 out. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELFINO, Carpeggiany Nascente Argolo. **Abordagem policial militar: a busca pessoal e seus aspectos jurídicos.** 2013. 93 f. Monografia (Especialização) - Curso de Bacharel em Ciências Militares Com ênfase em Defesa Social, Escola de Formação de Oficiais de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Busca-Pessoal/64863670.html>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Diego Pereira. **Direitos Humanos.** 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 322 p.

MASSON, Nathália. **Manuel de Direito Constitucional.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

NASSARO, Adilson Luís Franco. **Busca Pessoal.** 2013. 151 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização de Direito Processual Penal, Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/FrancoNassaro/busca-pessoal-monografia-completa-revisada-em-2013>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

PELISSARO, Elizangela Jackowski. **Paradigma etiológico e labeling approach –** relevância para a criminologia crítica. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-77gJ6Gx8PAJ:www.procrim.org/revista/index.php/COPEN/article/download/198/318+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas e Direitos Humanos. **Revista Usp**, São Paulo, n. 69, p.36-43, mar. 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2004

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento Suspeito: abordagem policial e a discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

ROCHA, Manuella Melo da. **A mudança de paradigma: a lógica da seletividade**. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3536&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

SELL, Sandro. **A etiqueta do crime: considerações sobre o labelling approach**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13349-13350-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

SILVA, Suzane Cristina da. **Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labeling approach**. Disponível em:

<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=201>. Acesso em: 14 nov. 2015.

SILVA JUNIOR, Edilson Miguel da. **Levar baculejo é legal? Busca pessoal na persecução penal**. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12405-12406-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.

SOUSA, Carlos Angelo de Meneses; GOMES, Candido Alberto da Costa. **A juventude na ótica de policiais: a negação do direito a aparência.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7jGb3SNWQx0J:periodicos.unb.br/index.php/linhascriticas/article/view/6244+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 19 dez. 2015.