



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

LIBERDADE E SUSPEIÇÃO NO ESTADO DE DIREITO:
O PODER POLICIAL DE ABORDAR E REVISTAR E O CONTROLE JUDICIAL DE
VALIDADE DA BUSCA PESSOAL

Gisela Aguiar Wanderley

Brasília

2017

GISELA AGUIAR WANDERLEY

LIBERDADE E SUSPEIÇÃO NO ESTADO DE DIREITO:
O PODER POLICIAL DE ABORDAR E REVISTAR E O CONTROLE JUDICIAL DE
VALIDADE DA BUSCA PESSOAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição
Orientador: Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte

Brasília
2017

“Are you such a dreamer to put the world to rights?”

RESUMO

A busca pessoal (“revista”, “baculejo”, “geral”, “dura”) é praticada cotidianamente pelas polícias brasileiras como um expediente de rotina do policiamento ostensivo. Ao mesmo tempo em que é aclamada como importante mecanismo de controle da criminalidade, cuida-se de medida que ostenta marcante direcionamento racial e social e que incide predominantemente sobre inocentes: apenas em uma minoria de casos leva à prisão do revistado. Esse uso generalizado e exploratório da busca pessoal é justificado pela necessidade de prevenção criminal geral – positiva (v.g. afirmação/visibilização da autoridade policial) e/ou negativa (v.g. intimidação de “potenciais criminosos”) – e é amparado em uma noção genérica de suspeição. Por outro lado, na legislação, a busca pessoal é formatada como meio de obtenção de prova e é condicionada a prévios indícios da posse de corpo de delito pelo indivíduo. Uma vez apresentada tal dicotomia, verifica-se neste trabalho que o cotidiano desvio de finalidade da medida pelo aparato policial é paralelo à fragilidade de sua racionalização dogmático-jurídica e de seu controle judicial. De outra parte, no direito estadunidense, a validade da *stop and frisk* (ato análogo à busca pessoal) ocupa a pauta de julgamento da Suprema Corte desde 1968, o que permite lançar luz sobre as possibilidades de intensificação do controle judicial da medida no cenário nacional. Assim, enfatiza-se ao cabo que, como a busca pessoal provoca a afetação de direitos fundamentais e, em especial, do direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*), é uma medida dotada de função punitiva latente. Por isso, no Estado de Direito, a fim de evitar a sua execução como infrapenalidade, deve-se exigir a concentração e o controle da busca pessoal, cuja validade não se extrai da indicação de um propósito vago de prevenção geral, mas sim depende de indícios objetivos da prática de infração penal (busca probatória, ato instrutório lastreado no direito processual penal), ou de indícios objetivos de dano ou perigo iminente (busca inibitória, ato de coerção imediata lastreado nas causas de exclusão da ilicitude).

Palavras-chave: busca pessoal; busca e apreensão; abordagem policial; suspeição; direito de ser deixado em paz.

ABSTRACT

Brazilian policemen perform frisks (patdowns) routinely, which are comprehended as part of urban policing. The high number of frisks daily performed is justified by its alleged importance to control crime and make police visible. Nevertheless, frisks' legality is conditioned to founded suspicion of possession of forbidden weapons or other objects or papers that constitute *corpus delicti* (Brazilian Criminal Procedure Code, article 244). Therefore, this study examines the dichotomy between the way police practice frisks and the way Brazilian Law regulates this procedure. It is stressed that the way frisks are conducted is not only illegal, but also inefficient to control crime and obtain evidence. On the other hand, it is argued that black and poor young men are disproportionally frisked without reasonable suspicion of criminal activity. Thus, freedom of movement, privacy and generally the right to be let alone are not fully granted to these citizens, who are also more vulnerable to prosecution and incarceration due to the increase of police vigilance towards them. This context unveils that the violation of frisks' legal regulation has perverse consequences, which are related to the fragile judicial control of police practices in Brazil. In conclusion, it is argued that, given the adoption of Rule of Law by Brazilian Constitution, a frisk must always be strictly related to at least one of its lawful objectives: gathering evidence or preventing damages or imminent danger. Otherwise, a frisk could be practiced as an infrapenalty by the police in a disciplinary and illegal manner.

Keywords: stop and frisk; patdown; search and seizure; reasonable suspicion; right to be let alone.

LISTA DE SIGLAS

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência

BMRS – Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/40)

CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15)

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41)

CPPM – Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n. 1.002/69)

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

BA – Estado da Bahia

DF – Distrito Federal

EUA – Estados Unidos da América

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública

FGV – Fundação Getúlio Vargas

HC – Habeas Corpus

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ICJBrasil – Índice de Confiança na Justiça Brasileira

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LCP – Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688/41)

MP – Ministério Público

NEV/USP – Núcleo de Estudos em Violência da Universidade de São Paulo

NY – Estado de New York

NYC – New York City

NYPD – New York Police Department

PCBA - Polícia Civil do Estado da Bahia

PCDF – Polícia Civil do Distrito Federal

PCPR – Polícia Civil do Estado do Paraná

PL – Projeto de Lei

PMBA – Polícia Militar do Estado da Bahia

PMCE – Polícia Militar do Estado do Ceará

PMDF – Polícia Militar do Distrito Federal

PMERJ – Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro
PMES – Polícia Militar do Estado do Espírito Santo
PMESP – Polícia Militar do Estado de São Paulo
PMMG – Polícia Militar do Estado de Minas Gerais
PMMT – Polícia Militar do Estado do Mato Grosso
PMPA – Polícia Militar do Estado do Pará
PMPB – Polícia Militar do Estado da Paraíba
PMPE – Polícia Militar do Estado de Pernambuco
PMPI – Polícia Militar do Estado do Piauí
PMTO – Polícia Militar do Estado de Tocantins
PR – Estado do Paraná
RJ – Estado do Rio de Janeiro
SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública
SIS/LAPD – Los Angeles Police Department Special Investigation Section
SP – Estado de São Paulo
SSP/DF – Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal
SSP/SP – Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TRF-1 – Tribunal Regional Federal da Primeira Região
TRF-2 – Tribunal Regional Federal da Segunda Região
UF-250 – Unified Form 250: stop, question and frisk report worksheet

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O PODER POLICIAL NO ESTADO DE DIREITO: CONTROLE POLICIAL E DESCONTROLE JURÍDICO	17
1.1. Estado de Direito (em sentido estrito) e Estado de Polícia	19
1.2. Regulação normativa e funcionalização do poder à máxima efetivação dos direitos fundamentais no Estado de Direito	22
1.3. Estado de Direito como um sistema de estrita legalidade e Estado de Polícia como um sistema de disciplina	26
1.4. Poder policial: no cerne da tensão entre Estado de Direito e Estado de Polícia	28
1.5. Preservação da ordem pública e neutralização dos direitos fundamentais	30
1.6. A deficitária racionalização jurídica das atribuições policiais no direito brasileiro	34
1.7. Controle da atividade policial e tentativas de constitucionalização do poder policial	37
1.8. Disciplina policial e indisciplina jurídica: o poder configurador	42
1.9. A regulamentação do poder policial pelo direito penal e processual penal: intervenção penal mínima e teoria negativa (agnóstica) da pena	47
1.10. O papel da dogmática jurídica em uma concepção liberal-pragmática do poder policial	52
2. A BUSCA PESSOAL COMO INSTRUMENTO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO: A ESTRATÉGIA DE SUSPEIÇÃO GENERALIZADA E O “PIOR DESEMPENHO POSSÍVEL”	56
2.1. Criação e atuação da polícia no Brasil do século XIX: a estratégia de suspeição generalizada	58
2.2. A busca pessoal como expediente de rotina do policiamento ostensivo: desconcentração da coerção e fragilização da suspeita	64
2.2.1. A desconcentração	68
2.2.2. O descontrole	73
2.2.3. A ineficiência	76
2.3. A busca pessoal exploratória como instrumento de repressão ao tráfico: “enxugando gelo”	81
2.4. Os alvos cotidianos da busca pessoal	85
2.5. Do faro à dura: o tirocínio policial entre a dificuldade da suspeição e a arte de suspeitar	90
2.6. Os alvos cotidianos da suspeição policial	97
2.7. Indivíduo suspeito ou atitude suspeita?	102
2.8. Efeitos colaterais da seletividade discriminatória: o risco da desconfiança recíproca e do desvio secundário (self-fulfilling prophecy)	106
2.9. Conclusão parcial: a fragilização da cidadania civil e a busca pessoal no nível do “pior desempenho possível” da atuação policial	110
3. A BUSCA PESSOAL PELA PERSPECTIVA DOGMÁTICA: DA DESVIRTUAÇÃO DA SUSPEITA À DESFUNCIONALIZAÇÃO DA MEDIDA	113
3.1. A busca pessoal no direito processual penal brasileiro	113
3.2. Definição de busca	114
3.3. Busca domiciliar e busca pessoal	116
3.4. Cabimento e exigibilidade de mandado	119
3.5. Natureza jurídica e finalidades da busca: a instrumentalidade e a referibilidade	121
3.6. A “fundada suspeita”	126
3.7. A leitura incompleta do art. 244 do CPP e a desvirtuação da suspeita: da “fundada suspeita” (de posse de corpo de delito) à “atitude suspeita”	130
3.8. Da desvirtuação da suspeita à desfuncionalização da busca pessoal: de medida processual instrutória a medida de polícia preventiva	135
3.9. A busca pessoal como medida policial preventiva validada pelo art. 144, § 5º, da CF/88: uma concepção disciplinar do poder policial	139
3.10. A taxativa finalidade da busca pessoal sem mandado: a apreensão de arma proibida e corpo de delito	142
3.11. Corpo de delito e consumação delitiva: busca pessoal e prisão em flagrante	144

3.12.	A urgência como fundamento da dispensa de mandado para a busca pessoal	145
3.13.	A busca pessoal no Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/10): cabimento, mandado e registro	150
3.14.	A busca pessoal como infrapenalidade: da racionalidade inquisitorial à racionalidade disciplinar 153	
3.15.	Conclusão parcial: não-aplicação seletiva da lei na prática da busca pessoal	157
4.	CONTROLE JUDICIAL DA BUSCA PESSOAL: A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA (STF E STJ) E A <i>STOP AND FRISK</i> NO DIREITO ESTADUNIDENSE.....	161
4.1.	A busca pessoal na jurisprudência brasileira (STF e STJ)	162
4.1.1.	A busca pessoal sob a ótica do Supremo Tribunal Federal	163
4.1.2.	A busca pessoal sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça	165
4.1.3.	A abordagem policial sob a ótica do Supremo Tribunal Federal	171
4.1.4.	A abordagem policial sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça.....	172
4.1.5.	Conclusões extraídas da pesquisa jurisprudencial	174
4.2.	A <i>stop and frisk</i> no direito estadunidense.....	177
4.2.1.	A Quarta Emenda à Constituição dos EUA	181
4.2.2.	Esfera de proteção e requisitos da Quarta Emenda.....	182
4.2.3.	A inadmissibilidade das provas ilícitas: a aplicação da <i>exclusionary rule</i>	185
4.2.4.	O caso <i>Terry v. Ohio</i> (1968).....	188
4.2.5.	Os casos-irmãos: <i>Sibron v. New York</i> e <i>Peters v. New York</i> (1968).....	193
4.2.6.	Precedentes posteriores da Suprema Corte.....	197
4.2.7.	O uso inconstitucional da <i>stop and frisk</i> como tática de policiamento preventivo e o impacto do descontrole judicial da atividade policial	207
4.2.8.	Os quatro tipos de abordagem policial segundo a Corte de Apelações de New York.....	212
4.2.9.	O caso <i>Floyd, et al. v. City of New York, et al.</i> (2013)	215
4.2.10.	Os (recentes) efeitos da decisão do caso <i>Floyd</i>	219
4.3.	Conclusão parcial: ineficiência da <i>stop and frisk</i> /busca pessoal como tática de policiamento preventivo e importância do controle judicial.....	221
5.	LIBERDADE E SUSPEIÇÃO NOS ESPAÇOS PÚBLICOS: VALIDADE E CONTROLABILIDADE DA BUSCA PESSOAL NO ESTADO DE DIREITO	225
5.1.	Direitos fundamentais no espaço público urbano: vedação à intervenção policial arbitrária e direito de ser deixado em paz	228
5.1.1.	Postura de reserva e desatenção civil: liberdade e privacidade no espaço público	228
5.1.2.	Privacidade (exterior), liberdade e (in)diferença: o direito de ser deixado em paz e vedação à intervenção policial arbitrária no espaço público	231
5.2.	Segurança no espaço público urbano: direito à segurança e segurança de direitos	234
5.3.	Suspeição jurídica e suspeição extrajurídica: um esforço de racionalização do poder policial	241
5.4.	Condições de validade do poder policial de abordar e revistar nos espaços públicos urbanos	249
5.4.1.	A retenção (abordagem policial coercitiva) e o rótulo da suspeição: a restrição ao direito de ser deixado em paz e o primeiro estágio de mitigação da presunção de inocência.....	250
5.4.2.	Busca pessoal: restrição de direitos, função punitiva latente (natureza eventualmente penal) e instrumentalidade probatória/inibitória	254
5.4.3.	A busca pessoal inibitória: coerção direta e diferenciação em relação à prevenção geral	259
5.5.	O controle de validade da busca pessoal	262
5.5.1.	Registro formal: verificabilidade/refutabilidade da legalidade da busca	262
5.5.2.	Coleta, compilação e divulgação de dados: transparência da atividade policial	264
5.5.3.	Outras alterações nos procedimentos policiais: formação, supervisão hierárquica, filmagem	266
5.5.4.	Controle externo da atividade policial: Ouvidorias e Ministério Público	268
5.5.5.	Controle externo judicial da atividade policial: impacto e relevância	268
CONCLUSÃO		271
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		275

INTRODUÇÃO

Um ditado popular medieval germânico sintetiza uma das ligações corriqueiramente vislumbradas entre liberdade e urbanidade: “*Stadluft macht frei*” (o ar da cidade liberta). Tal relação marca, porém, um curioso paradoxo das cidades modernas: um de seus aspectos que mais atrai – a libertação de rígidos vínculos comunitários e a convivência com desconhecidos – é também um dos que mais repele: a cidade induz tanto a mixofilia (apreço pela mistura) quanto a mixofobia (medo da mistura)¹.

A liberdade proporcionada pela cidade desperta, pois, uma sensação ambígua: ao mesmo tempo em que fornece o atrativo lado da oportunidade, mina a garantia de uma existência segura e previsível (GIDDENS, 1991). Essa tensão acaba por atingir, sobretudo, a atuação das agências policiais, e em especial no que toca ao patrulhamento urbano. Deveras, às polícias incumbe regular o convívio social nos espaços públicos e mediar a fruição dos direitos e liberdades por um alto contingente de cidadãos que, muito embora não se conheçam, compartilham diuturnamente tais espaços. Assim, as polícias têm a aptidão de restringir a liberdade, invadir a privacidade, intimidar e constranger, ao passo que, ao mesmo tempo, cabe a elas proteger esses mesmos direitos, os quais constituem “a base da sociedade livre” (GOLDSTEIN, 2003, p. 13).

No contexto brasileiro, mesmo quase três décadas após a promulgação da Constituição de 1988 (CF/88), verifica-se ainda um cenário de incerteza generalizada quanto aos requisitos de legalidade das intervenções coercitivas empregadas no policiamento dos espaços públicos. Não só no senso comum, mas também no meio jurídico, são muitas as dúvidas, imprecisões e lacunas sobre os fundamentos, finalidades e limites que distinguem a coerção policial legal da coerção policial ilegal.

Nesse passo, desde as manifestações de junho de 2013, têm-se intensificado no país os debates relativos à legalidade e à legitimidade de abordagens policiais. Durante os protestos, abordagens truculentas, “prisões para averiguação” e detenções desarrazoadas pelo porte de objetos como vinagre ou *spray* suscitaram perplexidade ante a relação verticalizada entre cidadãos e policiais, orientada por determinações abusivas e arbitrárias chanceladas pelas secretarias de segurança pública².

¹ Conceitos utilizados e explorados por Bauman (2009).

² Confira-se: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/presos-em-protestos-em-sp-relatam-detencoes-por-spray-e-vinagre.html>>; <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/01/secretario-diz-que-acao-do-denarc-nao>>

Tal o cenário, cumpre notar que tais práticas policiais, em regra, incidem cotidianamente e prioritariamente sobre as parcelas marginalizadas da população, mais vulneráveis à interpelação policial no espaço público. Neste trabalho, estuda-se uma das mais recorrentes: a busca pessoal, que, na linguagem coloquial, é nomeada “revista”, “baculejo”, “dura”, “geral” ou “batida”.

Em síntese, a busca pessoal caracteriza-se como uma abordagem policial coercitiva e invasiva, a qual consiste na retenção do indivíduo e na revista de suas vestes, pertences e partes exteriores do corpo e a qual, em regra, pressupõe a rotulação do abordado como *suspeito*. Por isso, a sua prática desregrada, dissociada de finalidades e fundamentos precisos, possibilita a sua percepção não só como uma intervenção policial arbitrária, mas também como um ato de intimidação, estigmatização e discriminação.

Trata-se, porém, de prática policial de utilização rotineira no policiamento urbano. Sem rodeios, Bezerra da Silva já entoava o relato: “E toda vez que descia o meu morro do galo / Eu tomava uma dura / Os homens voavam na minha cintura / Pensando encontrar aquele três oitão” (RUSSO; VALLE, 1989). A narrativa se repete na composição de Marcelo Yuka (1999), na qual a medida aparece também sob forma de ato corriqueiro, cotidiano, usual:

A viatura foi chegando devagar
E de repente, de repente resolveu me parar [...]
Vasculhando meu carro, metendo a mão no meu bolso
Cheirando a minha mão
De geração em geração
Todos no bairro já conhecem essa lição [...]

A busca pessoal é, contudo, um ato policial tão rotineiro quanto esquecido no âmbito da dogmática jurídica. Na legislação, está regulada em dispositivos da codificação processual penal e, no nível infralegal, é regida pelos atos normativos das polícias. Contudo, nas searas doutrinária e jurisprudencial, concedem-se a ela apenas colocações breves e revelações lacônicas, não raro inseridas em um estudo exclusivo de sua previsão normativa, totalmente desconectado de sua praxe cotidiana. Como consequência, as condições de validade da busca pessoal são imprecisas e conferem substrato a um controle frágil da sua execução.

Por outro lado, entre as corporações policiais, verificam-se alguns esforços de racionalização jurídica da busca pessoal como um instrumento de polícia ostensivo-preventiva, os quais comumente visam a chancelar e validar a sua prática generalizada, nos moldes atuais. Para tanto, apoiam-se em diretrizes genéricas do direito administrativo e em uma exaltação

e-ruptura-com-gestao-haddad.html>;

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2013/06/28/interna_cidadesdf,373902/policia-garante-que-nao-houve-excessos-durante-protestos-em-brasilia.shtml> Acesso em 17/11/2014.

reiterada da quantidade bruta de prisões propiciadas por buscas pessoais, a qual indicaria sua importância para o controle da criminalidade. Entretanto, como há pouca transparência e monitoramento, a eficiência concreta de tais buscas, sob a ótica da prevenção criminal e da segurança nos espaços públicos, é tão obscura quanto suas condições de validade.

Nessa trilha, a menção introdutória a um caso concreto pode evidenciar a importância da regulamentação e do controle dessa prática e com isso ilustrar a justificativa para a delimitação do objeto de pesquisa. Em meio ao processo de escrita desta dissertação, fui vítima de um assalto em via pública. Levaram-me a bolsa. Cerca de dez minutos após o roubo, chegou ao local uma viatura e um dos policiais me perguntou a descrição dos assaltantes. Disse-lhe que só vi um deles: homem alto, de uns 1,80m de altura, barba mal feita, cabelo preto, ondulado e volumoso, na altura dos ombros, que aparentava ter mais de 25 anos e trajava calça *jeans* e uma camiseta preta. A informação, porém, foi assim repassada via rádio: “Assalto aqui na área. Levaram uma bolsa. Dois pebas”.

Ouvi e pensei que a descrição não fora minimamente acurada. No Distrito Federal (DF), o termo “peba” é utilizado para designar, em especial, a “figura do homem, pobre, jovem, com tatuagem/brincos e negro que traja roupas folgadas” (SILVA, G., 2009, p. 98). Repeti então: “Era um homem não muito jovem, talvez de uns 28, 30 anos, com um cabelo preto grande e ondulado, bem maior do que a média, e que usava calça *jeans* e camiseta preta”. Em resposta, o policial assegurou-me apenas que as demais guarnições já estavam cientes e abordariam os *elementos* que correspondessem à descrição. Nesse momento, a minha já escassa esperança em reaver os objetos subtraídos se dissipou por completo.

Mais tarde, ao registrar a ocorrência em delegacia, insisti na descrição do autor do roubo e logo fui liberada. Poucos dias depois, fui contatada para retornar à delegacia. Lá, um policial mostrou-me inúmeras fotos por um aparelho celular, para tentar o reconhecimento. Quase todas retratavam jovens negros, com aparência de adolescentes, sem barba e com pouco cabelo. Depois de não reconhecer vários deles, disse ao agente: “Era um homem bem mais velho, de pele mais clara do que estes e que, na ocasião, tinha a barba mal feita e cabelos pretos volumosos, compridos e ondulados”. O agente se mostrou surpreso – embora essa descrição constasse expressamente da ocorrência registrada. Esboçou uma procura por fotos que correspondessem à descrição, mas, sem sucesso, liberou-me.

O evento, em nada extraordinário, permite visualizar que o direcionamento da suspeição policial a tipos sociais estigmatizados não só conduz a um tratamento discriminatório, mas também a uma rotina de ineficiência da abordagem policial. No caso, a crença policial desarrazoada de que o roubo fora praticado por *dois pebas*, em desatenção à descrição da vítima

quanto a um dos assaltantes, viabilizou dois efeitos: de um lado, talvez várias duplas de *pebas* tenham sido desarrazoadamente abordadas e revistadas naquela noite e, de outro, dificultou-se a descoberta do efetivo autor do roubo, pois ele próprio não se enquadrava na descrição repassada. Como resultado, vários inocentes podem ter sido abordados, ao passo que os culpados puderam transitar sem serem importunados.

Não surpreende, então, que os objetos subtraídos jamais tenham sido recuperados. Contudo, dificilmente será detectada qualquer deficiência no tratamento dado ao caso, seja no âmbito do controle interno, seja no âmbito do controle externo da atividade policial. A informação repassada às demais guarnições da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) não é objeto de registro formal e as abordagens realizadas em função dessa informação tampouco são submetidas a registro individualizado. A falta de registro desses atos não é elemento meramente casual ou isolado. Insere-se em um contexto de generalizado descontrole do uso da coerção policial em face de transeuntes no espaço público urbano, amparada na crença de que seleção de pessoas “suspeitas” a serem abordadas se submete a um crivo de discricionariedade embasado em critérios tático-profissionais impassíveis de reexame por instâncias não-policiais.

Nesse cenário, a prática de buscas pessoais no espaço público urbano é exercida a partir de um juízo de única instância, impassível de recurso ou revisão: o do policial patrulheiro. Assim, a despeito de provocar a restrição de direitos e liberdades fundamentais e de implicar a estigmatização do cidadão abordado, a busca pessoal deixa de ser submetida a constrições externas firmes e vinculantes decorrentes do sistema jurídico.

Relevante pontuar então que há indagações que, conquanto imprescindíveis à regulamentação do poder policial, são ainda tratadas como problemas jurídicos de segunda ordem, tais como: O que é ser suspeito? Quais as consequências de ser rotulado como suspeito? O que define uma hipótese de suspeição? O que motiva e o que visa uma abordagem a um suspeito? A leitura indiferente de tais questões torna-as imunes à valoração jurídica e ao consequente controle de validade. A suspeição pode então ser erigida como uma categoria que permite a não-aplicação do direito e que abre uma brecha em que a coerção policial, desregrada e isenta de controle, não se distingue da violência pura.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto, em síntese, o de identificar as características, fundamentos e finalidades da prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras e confrontá-los com as condições de validade da busca pessoal sob a ordem jurídica brasileira, adiante caracterizada como um Estado de Direito em sentido estrito.

O estudo apresentado neste texto se iniciou por ocasião da participação na pesquisa “Quem é suspeito do crime de tráfico de drogas?” (DUARTE *et al.*, 2014)³, na qual se aferiu que não há filtro que impeça a reprodução de preconceitos e estereótipos sociais na seleção de suspeitos para serem abordados e revistados. Notou-se que abordagens abusivas não são apenas um resultado da inadequação da técnica/formação policial, mas em especial do ambiente institucional que tende a validá-las, já que deixa de impor parâmetros, requisitos e limites objetivos capazes de evitar a perpetuação de práticas arbitrárias, seletivas e discriminatórias.

Nesse passo, preliminarmente, é importante esclarecer a extensão do objeto desta pesquisa. Não se pretende analisar a validade de todo e qualquer ato de revista. Assim, passa-se ao largo da análise das revistas realizadas por agentes públicos e particulares como condição geral para ingresso ou permanência em determinados locais/eventos. Nesses casos, a revista independe de prévia suspeição e a consequência para a não submissão à revista é o simples não ingresso/permanência no local/evento⁴. Concentra-se a análise, portanto, na revista realizada por policiais em face de indivíduos selecionados com base em critérios de suspeição e cuja recusa de submissão voluntária pode ensejar a prática coercitiva do ato.

Por outro lado, também preambularmente, é importante reconhecer que o estudo da atividade policial muito raramente desemboca em soluções fáceis e em respostas inquestionáveis. Acertos, erros, progressos e retrocessos marcam as tentativas, por um lado, de conformar as intervenções policiais aos parâmetros constitucionais e, por outro, de torná-las mais eficazes quanto à prevenção e à repressão de infrações penais. Problemas de eficácia, proficiência, legalidade e transparência impõem desafios multifacetados que entrelaçam questões técnicas, jurídicas e políticas e inserem o agente policial como o protagonista de tensões cotidianas inerentes ao trabalho policial. Dada tal complexidade, o tema não comporta a pretensão de apresentar certezas inabaláveis e dogmas inquestionáveis, mas sim a de identificar pontos de inflexão entre as dimensões empírica e normativa da busca pessoal e propor caminhos possíveis para que ela seja executada de modo tão válido quanto eficaz.

³ Pesquisa do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), desenvolvida em parceria pelo grupo de pesquisa Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UnB), sob a coordenação do Prof. Evandro Charles Piza Duarte.

⁴ Há importantes discussões jurídicas a serem travadas sobre a validade de tais atos, notadamente quanto à validade de revistas gerais realizadas como condição para ingresso ou permanência em eventos abertos realizados em espaços públicos. Não obstante, nesses casos a problemática do uso da suspeição, central a este trabalho, desaparece ou pelo menos é acompanhada por problemáticas diversas, tais como o papel da polícia em tais eventos ou locais que demandam planejamento securitário especial e não ordinário. Assim, a validade de revistas realizadas de modo generalizado em penitenciárias, fóruns de tribunais, estádios de futebol, áreas de embarque de aeroportos, ou mesmo em eventos de grande concentração feitos em espaços abertos (v.g. apresentações artísticas, concertos musicais, entre outros) não é objeto deste trabalho.

Nesse ensejo, no primeiro capítulo, objetiva-se elucidar que, no Estado de Direito, o poder policial é dotado de centralidade jurídica e política e deve ser submetido a restrições jurídicas estritas, funcionalizando-se à máxima efetivação dos direitos fundamentais, o que exige especial atenção na seara da dogmática jurídica e do controle judicial. Destaca-se que, ante a própria natureza do poder policial, a minimização da violência institucional exige que as práticas policiais sejam regulamentadas com base no princípio da intervenção penal mínima, em uma acepção integral. Com isso, esclarece-se que a compatibilização do poder policial com as diretrizes constitucionais demanda a rejeição de técnicas de neutralização dos direitos fundamentais, a escrutinização de seus resultados concretos e a implementação de mecanismos de concentração e controle da coerção policial.

No segundo capítulo, visa-se a apresentar as principais características da prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras. Tanto dados oficiais das polícias quanto dados coletados em pesquisas sociais elaboradas ao largo das últimas três décadas sobre o tema mostram que a busca pessoal é desempenhada como um expediente de rotina do policiamento ostensivo, com base em concepções subjetivas e potestativas de suspeição (“tirocínio”). Esse modelo, de um lado, não se traduz em eficiência da medida e, de outro, permite que ela incida de modo discriminatoriamente seletivo sobre tipos sociais estigmatizados. Assim, elucida-se que a atual prática da busca pessoal pelas polícias insere-se no nível do “pior desempenho possível” do aparato policial, pois é pouco eficiente e pouco proficiente.

No terceiro capítulo, objetiva-se analisar a busca pessoal a partir de uma perspectiva dogmático-jurídica. Apresentam-se, inicialmente, a definição, as hipóteses de cabimento e a natureza jurídica dessa medida com suporte em seu permissivo legal (com especial ênfase para a busca pessoal sem mandado prévio, autorizada pelo art. 244 do CPP). Após, observa-se que uma leitura incompleta do art. 244 do CPP, difundida na seara doutrinária, conduz à desfuncionalização da busca pessoal, a qual deixa de constituir medida probatória praticada diante de indícios (“fundada suspeita”) da ocultação de arma proibida/corpo de delito e passa a ser exercida como medida de polícia preventiva diante de atitudes, situações ou pessoas adjetivadas como suspeitas pelo policial. Feitos tais esclarecimentos, permite-se visualizar que a atual prática da busca pessoal não é caracterizada pela aplicação seletiva da lei (*selective enforcement*), mas sim pela não-aplicação seletiva da lei, pois o permissivo legal para a medida é diuturnamente desobedecido pelo aparato policial, em intervenções que incidem seletivamente sobre tipos sociais estigmatizados a partir de um juízo genérico e potestativo de mera desconfiança ou estranheza.

No quarto capítulo, objetiva-se avaliar as possibilidades do controle judicial da busca pessoal, em especial tendo em vista que, no processo penal, a validade dessa medida deve ser confirmada pelo aparato jurisdicional sempre que dela decorrer a apreensão de prova em desfavor do revistado. Para tanto, examinam-se os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que a validade da busca pessoal foi analisada. Na sequência, aborda-se o controle de validade da *stop and frisk* (“retenção e revista”, prática análoga à busca pessoal) no sistema jurídico estadunidense. Para tanto, expõem-se os julgados da Suprema Corte em que a validade da *stop and frisk* foi analisada, em especial o caso *Terry v. Ohio* (1968) e posteriores. Aborda-se, também, a decisão proferida pela juíza Shira A. Scheindlin, da Corte Federal de Manhattan, no julgamento da *class action* *Floyd, et al. v. City of New York, et al.* (2013), em que se reconheceu que o New York Police Department (NYPD) efetuou uma política inconstitucional de *stops and frisks* entre 2004 e 2012. Ao cabo, cotejados ambos os cenários, destaca-se que é imprescindível reconhecer a importância do controle judicial para a conformação das práticas policiais aos limites constitucionais e superar a concepção de que a busca pessoal é impassível de controle judicial.

Por fim, no quinto capítulo, objetiva-se delinear as condições de validade e controlabilidade de intervenções policiais coercitivas no espaço público urbano no Estado de Direito, em especial sob a forma da busca pessoal. Observa-se então que, mesmo ao transitar nos espaços públicos, o indivíduo tem o direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*), razão pela qual a coerção policial não pode ser exercida como regra, mas sim deve ser excepcional e concretamente fundamentada. Contrapõe-se então a suspeição jurídica (passível de regulação controlabilidade de acordo com a ordem jurídica) à suspeição extrajurídica (manipulada em caráter potestativo pelo policial) e destaca-se que apenas a primeira pode ser utilizada como fundamento para a coerção policial.

Nessa trilha, em particular no que toca à busca pessoal, destaca-se que a sua execução é condicionada à existência de instrumentalidade probatória (delimitada pelo art. 244 do CPP) ou de instrumentalidade inibitória (delimitada pelas hipóteses legais excludentes de ilicitude), ao passo que é inválida a sua prática com instrumentalidade preventiva geral. Ao cabo, com o objetivo de garantir a efetividade das condições de validade apresentadas, pontua-se que é necessário fortalecer e intensificar os mecanismos de transparência, monitoramento e controle dessa prática, para os quais se revela importante não só a atuação das próprias polícias, mas também do Poder Judiciário e do Ministério Público, incumbidos da guarda da legalidade e do controle externo da atividade policial.

1. O PODER POLICIAL NO ESTADO DE DIREITO: CONTROLE POLICIAL E DESCONTROLE JURÍDICO

As polícias brasileiras são frequentemente questionadas pela adoção de práticas autoritárias contra as parcelas marginalizadas da população. Numa das tantas irresignações ante tal cenário, Hélio Oiticica conclamava: *seja marginal, seja herói*. O estandarte em que difundiu seu chamamento é ilustrado com a imagem de um corpo estirado no chão: o de Alcir Figueira da Silva, que assaltou um banco e, ao se sentir alcançado pela polícia, suicidou-se. Quanto à motivação do drástico ato, Oiticica (2011, p. 14) indagou: “Por que o suicídio? Que diabólica neurose (aliás tão shakespeariana) o teria levado a preferir a morte à prisão?”.

O imperativo e o questionamento ainda dialogam com a atual conjuntura do país. Por isso, em exposição artística apresentada em 2014/2015, o chamamento de Oiticica, feito nos idos de 1968, foi resgatado como conclamação contra a “aceitação passiva, quase cínica, de que não há nada a fazer, que estamos condenados à injustiça e aos privilégios” e serviu de introdução a obra composta por uma compilação de casos de “desaparecimentos forçados” no Rio de Janeiro, todos após abordagens policiais mal explicadas (OSÓRIO, 2014-2015). Os casos, de 1990 a 2013, revelam um padrão de incerteza quanto às circunstâncias, razões e finalidades das abordagens. Em 1990, deu-se o nunca explicado desaparecimento de onze moradores – entre eles sete menores – do bairro de Acari, na Zona Norte, após abordagem policial (“Chacina do Acari”)⁵. Sucederam episódios semelhantes em 2003⁶, 2008⁷ e 2011⁸. Em 2013, ganhou repercussão o caso de Amarildo de Souza, ajudante de pedreiro, que desapareceu após ser abordado e conduzido à Unidade de Polícia Pacificadora da Rocinha⁹.

⁵ Matéria disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/chacina-de-acari-prescreve-neste-domingo-apos-20-anos-2974920>>. Acesso em: 10/2/15.

⁶ Em 2003, dois jovens (19 e 20 anos) desapareceram na Baixada Fluminense após revista feita na volta de uma festa junina. Segundo a mãe de um deles, um dos policiais afirmou que “deu dura nos meninos” e os liberou. Cf. <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-desaparecidos-do-rio-de-janeiro/>>. Acesso em 10/2/15.

⁷ Em 2008, uma jovem de 24 anos desapareceu após passar por uma *blitz* ao voltar de festa na Zona Sul. Encontraram-se marcas de disparos de arma de fogo em seu veículo. A primeira versão da polícia foi a de um acidente. Depois, tentou-se imputar a prática de tráfico de drogas à jovem. O caso nunca foi elucidado. Matéria disponível em: <<http://oglobo.globo.com/infograficos/cronologia-patricia/>>. Acesso em 10/2/15.

⁸ Em 2011, uma criança de 11 anos desapareceu após operação policial em Nova Iguaçu. O corpo foi encontrado e os policiais tentaram imputar a prática de tráfico à criança, mas acabaram condenados. Matéria disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-09-13/quatro-policiais-militares-sao-condenados-por-matar-menino-juan-moraes-em-2011>>. Acesso em 10/2/15.

⁹ Doze policiais foram condenados por tortura seguida de morte, ocultação de cadáver e fraude processual. Matéria disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/caso-amarildo-juiza-condena-13-dos-25-policiais-militares-acusados.html>. Acesso 23/12/16.

Os casos não são exclusivos do Rio de Janeiro. Ainda em 2013, episódio similar ocorreu no DF. Antônio Araújo, auxiliar de serviços gerais, desapareceu após ter sido supostamente conduzido a delegacia por suspeita de participação em tentativa de furto à chácara de um policial. Porém, não há certeza nem sequer sobre se Antônio foi efetivamente conduzido à delegacia. Sua ossada só foi achada seis meses após o desaparecimento, nunca solucionado¹⁰. Noutra giro, já em 2016, noticiou-se em escala nacional o desaparecimento de cinco jovens na cidade de São Paulo, também após abordagem policial. Um deles chegou a entrar em contato com uma amiga, por mensagem de áudio via *WhatsApp*: “Ei. Acabo de tomar um enquadro ali. Os polícia [sic] está me esculachando”. Sem dados sobre os fundamentos e finalidades da abordagem, sem dados sobre o tempo e o local da abordagem, sem dados sobre os policiais responsáveis pela abordagem, os corpos só foram encontrados mais de duas semanas depois do desaparecimento. Instaurada investigação, o ouvidor das polícias paulistas disse “não descartar” a participação de policiais nos homicídios. No dia seguinte, descobriu-se que os projéteis encontrados nos corpos haviam sido comprados pela polícia¹¹.

Vislumbra-se, pois, que, mesmo após o advento da CF/88, são insuficientes as constrictões do poder policial à legalidade: remanescem muitas práticas policiais desreguladas e descontroladas, submetidas a pouca formalização e exercidas sem transparência. Por conseguinte, proliferam tais notícias de intervenções policiais arbitrárias e violentas, incidentes sobretudo em face dos estratos marginalizados. Essa conjuntura escancara a necessidade e a urgência de regulamentação e controle mais rígidos da atividade policial no país, a fim de conformá-la às diretrizes lançadas na CF/88, a qual formata um modelo de Estado de Direito (art. 1º) capitaneado pela tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Dadas tais diretrizes, neste primeiro capítulo, delimitam-se, em primeiro lugar, as características do Estado de Direito (em sentido estrito), com o objetivo de fixar as premissas a partir das quais deve partir o estudo das condições de validade das práticas policiais no direito brasileiro. Observa-se que, em virtude da coercitividade inerente ao poder policial, este deve ser regulado a partir da diretriz de minimização da violência institucional, a qual baliza o princípio da intervenção penal mínima. Nessa trilha, destaca-se que a submissão do poder policial às constrictões do Estado de Direito depende precipuamente de mecanismos de concentração e controle das técnicas coercitivas utilizadas pelas agências policiais.

¹⁰ Matéria disponível em: <http://glo.bo/1emUJZK> . Acesso em 7/11/16.

¹¹ Matéria disponível em: <http://glo.bo/2fvWECv> . Acesso em 7/11/16.

1.1. Estado de Direito (em sentido estrito) e Estado de Polícia

Em acepções genéricas, é comum relacionar o Estado de Direito à regulação dos poderes públicos e relações sociais por normas gerais ou, ainda, ao primado do governo das leis sobre o governo dos homens, concepção já presente na filosofia grega antiga¹². Trata-se, contudo, de uma noção tão disseminada quanto polissêmica. Distintas concepções de Estado de Direito são instrumentalizadas por projetos políticos distintos, que travam disputas em torno das implicações e significações desse impreciso conceito¹³. Esses embates não se restringem à mera alteração teórica – reverberam na aplicação concreta de normas e direitos.

Paralelamente a outras classificações de relevância na teoria jurídica¹⁴, Norberto Bobbio (1986, p. 156–157) nota que o princípio geral de subordinação do poder estatal à lei

¹² A superioridade do governo das leis sobre o dos homens já é esboçada nas obras de Platão e Aristóteles. Na última obra de Platão, *Leis*, argumenta o Ateniese que os governantes devem ser servidores das leis, pois disso depende a salvação de uma cidade: “Toda cidade em que a lei for subserviente e impotente está à beira da ruína, mas a cidade em que a lei é soberana sobre os governantes e no qual os governantes são servidores da lei, aí eu vislumbro a salvação” (PLATÃO, 1961, p. 293). Na *Política* de Aristóteles, por sua vez, pontua-se que, apesar de as leis ostentarem natureza geral e não prescreverem solução imediata para os casos particulares, essa maneira geral de proceder é necessária para frear as paixões e enfermidades a que se submetem, invariavelmente, os governantes. Assim, ressalta-se que é mais vantajoso que a lei mande, em detrimento de qualquer outro cidadão, e alerta, ainda, que as leis seguem os governos, de modo que a natureza destes (bom ou mau, justo ou injusto) influenciará a natureza daquelas (ARISTÓTELES, 2001).

¹³ Na língua portuguesa, a expressão Estado de Direito serve como tradução de duas expressões com origens históricas distintas, quais sejam, o *Rule of Law*, conceito desenvolvido na tradição jurídica anglossaxã, e o *Rechtsstaat*, conceito desenvolvido na tradição jurídica germânica. A mesma constatação se aplica também a expressões equivalentes em outros idiomas de origem latina, como *Estado de Derecho*, *État du Droit*, *Stato di Diritto*, que são também caracterizadas por essa dupla significação. Na língua alemã, a tradução de *Rule of Law* é comumente realizada pela expressão *Herrschaft des Gesetzes* e, na língua inglesa, não há uma tradução consensual para *Rechtsstaat*, por vezes traduzida como *Rule of Law*, por vezes traduzida como *Legal State*, *Constitutional State* ou *State of Law*, entre outras expressões. Importante pontuar que, conquanto o conceito de *Rule of Law* tenha surgido na Inglaterra e se vincule a características próprias do *common law* (ver DICEY, 1889, p. 175–190), foi posteriormente alargado e aplicado também a outras tradições jurídicas. O conceito de *Rechtsstaat*, por sua vez, embora tenha surgido em oposição ao *Polizeistaat*, perdeu força na própria Alemanha, pois foi progressivamente reduzido ao mero dever do Estado de preservar a paz pública e proteger as pessoas de crimes, sem correlação com a garantia de direitos individuais outrora nevrálgica à noção (URABE, 1990). Assim, neste trabalho, confere-se um sentido estrito à noção de Estado de Direito, a qual evoca a tutela de direitos fundamentais consolidada no desenvolvimento da noção de *Rule of Law* no direito anglossaxão, mas recupera, também, a oposição conceitual ao *Polizeistaat* (Estado de Polícia) presente na elaboração inicial da noção de *Rechtsstaat* no direito germânico.

¹⁴ Em uma das classificações de uso corrente, o Estado de Direito pode ser relacionado a uma função estabilizadora, de previsibilidade e segurança jurídica (concepção *thin*), ou a uma função emancipadora, de concretização dos objetivos dos cidadãos a partir de uma compreensão extensiva dos direitos (concepção *thick*) (TAMANAHA, 2007; GARAVITO, 2011). Por fim, o Estado de Direito pode ser compreendido por um viés formal, que sublinha caracteres da conformação institucional do regime assim estruturado, ou por um viés substancial, que sublinha as finalidades materiais almejadas por esse regime (KLEINFELD, 2005). Tamanaha (2007) ressalta que as concepções *thin* e *thick* podem ser formais ou substanciais, em níveis distintos. Assim, há concepções *thin* formais e substanciais (as primeiras conferem primazia à previsibilidade das normas, as segundas aos direitos individuais) e, também, versões *thick* formais e substanciais (as primeiras conferem primazia às formas deliberativas, as segundas às condições do *Welfare State*). Nesse sentido: MÜLLER; JANSE, 2007.

prévia (governo *sub leges*)¹⁵, constitutivo do cerne da noção de Estado de Direito, pode assumir um sentido lato (débil, fraco ou formal) ou um sentido estrito (forte ou substancial). Em síntese, Estado de Direito em sentido lato seria aquele em que o poder é conferido pela lei e exercido conforme as formas e procedimentos por ela estabelecidos. Estado de Direito em sentido estrito, por sua vez, seria aquele em que o poder é limitado e condicionado pela lei não só por seus procedimentos, mas também por seus conteúdos.

No Estado de Direito em sentido lato, basta que o poder tenha fonte e forma legal, decorrentes de um conjunto de leis públicas e gerais. Tal concepção não se confunde com o Estado de Direito “em sentido fraquíssimo”, que seria qualquer Estado reconhecido como uma ordem jurídica, tal como aduz Kelsen (2009, p. 346) – para quem a expressão Estado de Direito seria um pleonasma. Contudo, há que se ter cautela ante essa concepção lata, a qual, estruturada em princípios meramente formais de organização institucional, não se incompatibiliza com regimes antidemocráticos e antiliberais (RAZ, 2012; TAMANAHA, 2007)¹⁶. Nesse sentido, nota-se que tal concepção “foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”, pois equipara “o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro” (RADBRUCH, 1979, p. 415-416).

O Estado de Direito em sentido estrito é caracterizado, por outro lado, pela limitação dos poderes e também das funções do Estado: não requer apenas o limite puramente formal decorrente da subordinação do poder do Estado às leis gerais, mas também a subordinação destas “ao limite material do reconhecimento de alguns direitos considerados constitucionalmente e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’” (BOBBIO, 1990, p. 18–19). Portanto, sob um ponto de vista externo, o Estado de Direito se legitima pela tarefa de garantir os direitos dos cidadãos, o que lhe impõe um ônus de justificação externa quanto à finalidade de suas intervenções. Opõe-se então à autofundação e à autojustificação do Direito e do Estado “como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim” (FERRAJOLI, 2014, p. 788).

¹⁵ Bobbio (1986, p. 156–1557) nota que Estado de Direito pode designar governo *per leges* ou *sub leges*. Governo *per leges* significa o exercício do poder por normas gerais e abstratas, noção já usada no estudo Estado moderno por Hobbes (2014, p. 183-184), Rousseau (2001, p. 51-55) e Hegel (1997, p. 191). Governo *sub leges* designa a subordinação do poder à lei geral prévia, princípio básico do constitucionalismo moderno e do liberalismo político.

¹⁶ Raz (2012), porém, defende a adoção de uma concepção formal de Estado de Direito, o qual possuiria apenas dois aspectos: as pessoas devem se sujeitar à lei e a lei deve ser tal que as pessoas podem ser por ela guiadas. Aduz que, “se o *rule of law* significa *rule of the good law*, então definir essa concepção implica propor uma filosofia social completa e lhe retira toda função prática” (RAZ, 2012). Raz confunde a concepção de validade com a de justiça e conclui que a diferenciação entre validade formal e substancial implica a confusão entre validade e justiça. Confunde a diferença entre vigência e validade com aquela entre validade e justiça (tema abordado a seguir).

Portanto, o Estado de Direito em sentido estrito é conformado pela premissa kantiana de que os indivíduos não podem ser utilizados como meios para a consecução dos fins do Estado¹⁷, o que implica, entre outros consectários¹⁸, a limitação ao poder discricionário: a restrição de direitos fundamentais deve ser restrita às situações de perigo a esses próprios direitos (HAYEK, 1978)¹⁹. O Estado atua, pois, sempre vinculado à tutela dos direitos fundamentais, em oposição à autofundação e à autojustificação do Estado.

Nessa linha, o Estado de Direito em sentido estrito pressupõe a legalidade formal, mas com ela não se basta, haja vista que esse requisito não impede a concessão de poderes ilimitados ao Estado a partir de uma lei formalmente válida (HAYEK, 1978)²⁰. Noutros termos, requisitos meramente formais não inviabilizam a positivação da máxima de Ulpiano: *quod principi placuit legis habet vigorem* (o que agrada ao príncipe tem força de lei), a qual, *a contrario sensu*, pode ser formulada como “o que desagrade ao príncipe é ilícito” (FERRAJOLI, 2014).

Nesse sentido, cabe observar que o Estado de Polícia – aquele meramente regido pelas decisões do governante e em que se admite a máxima de Ulpiano (cf. ZAFFARONI, 2001)²¹ – pode eventualmente revestir-se da forma de um Estado de Direito em sentido lato, que a ele não se contrapõe. Há, contudo, uma contraposição ideal entre o Estado de Polícia e o Estado de Direito em sentido estrito, orientado pela diretriz oposta de garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos em face do poderio estatal. Neste modelo, o controle do poder estatal tem por parâmetro não só as previsões legais formais, mas também a materialidade dos direitos reputados fundamentais (BARBOZA, 2014, p. 623)²².

¹⁷ Terceira fórmula do imperativo categórico (fórmula do autofim): “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2007, p. 69).

¹⁸ Para Hayek (1978), a irretroatividade, clareza, imutabilidade e igualdade da lei, a separação de poderes, a diferenciação entre lei e políticas de governo (*policies*) são características centrais desse modelo.

¹⁹ Hayek (1978) observa que se trata não só de limitar o poder discricionário dos agentes estatais, mas sim do Estado como um todo, com base na fórmula do autofim. Assim, casos de restrição dos direitos fundamentais devem ser limitados às situações de perigo claro e atual e a outros casos excepcionais definidos por lei (em aproximação ao *harm principle* de John Stuart Mill) e o benefício público deve exceder clara e substancialmente o dano, caso se pretenda permitir uma exceção ao direito ou à garantia afetada. Tais casos devem ser analisados por um tribunal independente capaz de avaliar a efetiva necessidade/relevância da intervenção e de arbitrar indenização.

²⁰ Hayek (1978; 2005) confere sentido estrito ao Estado de Direito e o define como uma situação em que o Estado está limitado em todas as suas ações por leis públicas e prévias que tornam possível ao indivíduo prever como a autoridade utilizará seu poder e assim planejar sua conduta. Hayek utiliza tal concepção, especialmente, para a defesa da propriedade privada e da economia de mercado. Neste trabalho, adota-se tal concepção, mas sem tal enfoque, haja vista será enfatizada, noutra giro, a proteção à liberdade pessoal.

²¹ “[P]olícia significa etimologicamente *administração* ou *governo*, de modo que o *estado de polícia* é aquele regido pelas *decisões do governante*” (ZAFFARONI, 2001, p. 89).

²² “A Constituição, bem como os princípios constitucionais, tem significado material e sua previsão escrita acontece como uma representação formal de valores já presentes e aceitos numa determinada sociedade. Por essa razão é possível defender a aproximação das constituições escritas tanto nos países de civil law e de common law quanto das constituições não escritas presentes nos países de tradição do common law, uma vez que em ambos os

1.2. Regulação normativa e funcionalização do poder à máxima efetivação dos direitos fundamentais no Estado de Direito

No plano normativo, o Estado de Direito (em sentido estrito) pressupõe a distinção entre três conceitos: vigência, validade e justiça. A vigência de uma norma decorre de sua adequada formalização procedimental no plano jurídico, por meio da qual se incorpora ao sistema normativo – consiste na legitimidade jurídica (interna) formal da norma. A validade, por sua vez, decorre da conformidade de seus conteúdos às normas superiores do sistema normativo – consiste, pois, em sua legitimidade jurídica (interna) substancial. A justiça, por fim, ao contrário da vigência e da validade (critérios de legitimidade jurídica), decorre da conformidade da norma a critérios e valores extrajurídicos (morais, políticos, culturais...) – consiste, pois, na legitimidade política (externa) da norma (FERRAJOLI, 2014, p. 325-333).

A distinção entre validade e justiça reflete a separação entre direito e moral (ser e dever ser do direito). Em um sentido assertivo, tal distinção significa que a moralidade (justiça ou dever ser externo) de uma norma não implica a sua juridicidade (validade), nem vice-versa (“Lei de Hume”). Em um sentido prescritivo, significa que o direito não deve visar a finalidades morais, o que conferiria um sentido substancialista à ação estatal. A distinção entre validade e vigência, por sua vez, reflete a oposição entre o ser e o dever ser no direito, a qual se insere na base do paradigma constitucionalista, que é composto exatamente por tal distinção, da qual decorrem condições substanciais de validade das leis de acordo com o conteúdo das normas superiores (FERRAJOLI, 2012). No Estado de Direito em sentido lato, não se distingue vigência e validade: esta é meramente formal e requer apenas a conformidade dos atos estatais à lei vigente a (lei é condicionante). Já em um sentido estrito, distingue-se vigência de validade e esta decorre da conformidade da lei ao conteúdo das normas superiores (a lei é condicionada).

A exigência de validade (formal e substancial) das normas implica, portanto, que o Estado de Direito em sentido estrito se estrutura a partir do princípio da estrita legalidade, que envolve não só a conformidade do poder à lei vigente (mera legalidade), mas também a validade substancial desta (FERRAJOLI, 2001), a qual decorre dos “vínculos que condicionam a validade das normas vigentes à tutela dos demais direitos fundamentais incorporados também às Constituições” (FERRAJOLI, 2014, p. 350). Assim, observa-se que “quando [as leis]

sistemas, a interação entre Poder Legislativo e Judiciário, por conseguinte, é muito mais uma questão de estabelecer as exigências da lei constitucional, densificando o que está intrínseco, do que apenas seguir as prescrições de um texto constitucional” (BARBOZA, 2014, p. 627).

arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade” (RADBRUCH, 1979, p. 416).

Nesse passo, no Estado de Direito em sentido estrito, a ordem jurídica é caracterizada pela incorporação (limitativa) de vinculações ou imperativos negativos (limites na forma de condições e proibições) que constituam normas de nível superior e, portanto, condições de validade substancial que reduzam e limitem o poder estatal. Em contraste, no Estado de Polícia há a incorporação (potestativa) de imperativos positivos (potestades discricionárias orientadas à tutela de valores extrajurídicos, como a defesa da ordem, moral ou interesses do soberano) ou pela ausência de vinculações que reduzam e limitem a coerção estatal (FERRAJOLI, 2014)²³.

No Estado de Direito em sentido estrito, a validade substancial das normas não decorre, portanto, de uma correlação genérica a imperativos positivos que conferem e ampliam os poderes estatais, mas sim da rígida adstrição a vinculações e imperativos negativos que condicionam e limitam o exercício do poder. Estes visam a tornar os níveis inferiores de atuação estatal menos vulneráveis a critérios extrajurídicos (substancialistas) de justiça guiados pelo arbítrio potestativo dos aplicadores da norma: “as leis, em poucas palavras, são mais vinculantes quanto mais vinculadas estejam” (FERRAJOLI, 2014, p. 334).

Entende-se, portanto, que a não imposição de vinculações ou imperativos negativos de conteúdo como condições substanciais de validade da lei permite a inserção de imperativos positivos, critérios valorativos e conceitos indeterminados na lei, bem como a sua aplicação arbitrária e potestativa de acordo com valores extrajurídicos. Do mesmo modo, a incorporação de imperativos positivos como normas superiores da ordem jurídica, os quais prescrevem ou permitem a coerção e a repressão estatal, tampouco serve à redução da arbitrariedade, pois, ao revés, amplia o leque de possibilidades de intervenção estatal.

No ponto, Ferrajoli (2014) alerta que o risco de um regime autoritário é incrementado pela incorporação de elementos e valores substancialistas à atuação estatal. Esta, portanto, baseia-se não em normas e princípios jurídicos, mas em critérios extrajurídicos (morais, políticos, religiosos, culturais...) que norteiam o agir do Estado. Com efeito, se fosse possível afastar normas constitucionais em nome da justiça, a sua aplicabilidade seria definida *ad hoc* de modo casuístico e potestativo, dando ensejo à prevalência de critérios substantivistas sobre

²³ “Tomemos o caso limite de um ordenamento que não incorpora nenhuma vinculação ou proibição ao poder punitivo do Estado. Seu princípio de legalidade – mas também de legitimidade – poderia ser formulado, parafraseando a máxima de Ulpiano, desta forma: ‘é delito o que (ou é réu o que) desagrada ao soberano’. [Tal ordem] [...] não incorpora em suas normas acerca da produção normativa nenhum valor vinculante nem nenhuma condição limitativa de legitimação interna que não seja a formal fonte das normas” (FERRAJOLI, 2014, p. 336).

a ordem jurídica. Tais elementos revelam-se, contudo, largamente arbitrários, pois se submetem à avaliação subjetivista do aplicador da norma, seja ele um agente executivo ou judicial.

Em um sistema de cunho substancialista, portanto, ceifa-se a previsibilidade e a controlabilidade da atuação estatal, ínsita ao Estado de Direito, pois, pela subordinação do direito a “particularismos de fatores sociais diversos, as regras e princípios jurídicos perdem o seu significado prático para a garantia dos direitos e o controle do poder”, o que resulta em bloqueios à satisfatória concretização do texto constitucional (NEVES, 2014, p. 189). Demais disso, oblitera-se a própria separação entre direito e moral, da qual decorre que o Estado não representa um valor enquanto tal, tampouco possui finalidades morais vinculantes. Confundem-se os fundamentos de legitimação externa e interna, o que dá ensejo à autofundação e à autojustificação do Direito e do Estado.

Portanto, no Estado de Direito, o exercício do poder estatal deve ser balizado por critérios jurídicos de caráter limitativo e vinculativo que, incorporados à ordem constitucional como normas de nível superior, constituem condições de validade do poder estatal, submetido a controle de natureza formal e também substancial. Nesse passo, Ferrajoli (2014) identifica o Estado de Direito em sentido estrito como um sinônimo de *garantismo*, que consiste em um modelo de Estado legitimado, no plano formal, pelo princípio da legalidade – que implica a subordinação do exercício dos poderes públicos a leis gerais e abstratas –, e, no plano substancial, pela incorporação limitadora dos poderes públicos, condicionados e vinculados à da garantia dos direitos fundamentais, sendo que o controle de validade dos atos estatais envolve ambas as dimensões (formal e substancial).

No ponto, quanto ao conteúdo das vinculações e condições limitativas impostas ao exercício do poder, cumpre notar que, no paradigma constitucional moderno, os direitos fundamentais possuem estatura constitucional. Por isso, mesmo em se tratando de direitos individuais, não constituem apenas trunfos ou imunidades perante o Estado, mas também elementos estruturantes da ordem jurídica e diretrizes de definição do objeto da tutela estatal.

Entende-se então que os direitos fundamentais são dotados de força normativa, da qual decorre a necessária funcionalização dos poderes estatais à sua máxima efetivação (HESSE, 2009, p. 36-37). Daí a compreensão de que os direitos fundamentais operam, nos modernos Estados de Direito, como condições de validade substancial da atividade estatal (FERRAJOLI, 2012, p. 4-5). Uma vez dotados de força normativa, operam como condições e vinculações ao exercício do poder e seus efeitos devem se espalhar na atuação de todo agente estatal:

Em seu duplo caráter [os direitos fundamentais] mostram diferentes níveis de significação que, respectivamente, se condicionam, criando e mantendo consenso; garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal; são importantes para os processos democráticos e do Estado de Direito, influem em todo seu alcance sobre o ordenamento jurídico em seu conjunto e satisfazem uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição. (HESSE, 2009, p. 34)

Assim, os direitos fundamentais não só impõem limites objetivos à ação estatal, na posição de direitos de defesa que restringem a extensão e a materialidade de atos coercitivos e restritivos de direitos, mas também impõem que o próprio exercício do poder seja em razão deles próprios funcionalizados. Nesse passo, o controle de validade (legitimidade jurídica formal e substancial) do poder estatal envolve a análise da justificativa erigida para a intervenção perante o indivíduo: confere-se a este o direito de exigir do Estado que somente use do poder para alcançar a sua finalidade, sendo que esta, sob tal modelo, identifica-se com a própria realização dos direitos fundamentais.

Nessa trilha, cabe anotar que a coerção não é ausente no âmbito do Estado de Direito, mas é mediada por procedimentos, condições e vínculos que estruturam a sua manifestação e exigem gradações e justificativas para o seu exercício, tornando-a um dispositivo ao alcance da autoridade estatal, mas submetido ao controle e à fiscalização. No Estado de Direito, portanto, a nota distintiva não é a ausência de coerção, mas a submissão desta a condições de validade limitativas e vinculantes. O reconhecimento de direitos individuais no texto constitucional, nessa dinâmica, não promove e garante apenas interesses individuais em uma perspectiva atomística, mas serve também como vinculação às finalidades legitimamente almejadas pelo Estado. Sob tal condição, em especial, os direitos fundamentais configuram meios que filtram o tipo de justificativas de que o Estado pode se utilizar para embasar intervenções restritivas desses direitos (PILDES, 1998, p. 726-734). Deveras, o Estado e os próprios cidadãos são, em determinadas situações, permitidos a infringir direitos e garantias constitucionais – que, portanto, não são imunidades ou trunfos oponíveis indistintamente, em qualquer situação. No entanto, a legitimidade da ação restritiva de direitos deverá ser aferida conforme a justificativa arguida para tanto, sendo que os direitos fundamentais operam como instrumentos normativos que balizam e canalizam as razões aptas a subsidiar a sua própria infringência.

Por essa perspectiva, em última análise, os direitos fundamentais são imprescindíveis para avaliar o significado e as dimensões das políticas estatais, consubstanciando ferramentas e referenciais para sua análise e interpretação. A análise da validade das intervenções estatais deve se embasar em justificativas consistentes com os bens que os próprios direitos fundamentais buscam proteger. Não bastam juízos genéricos de proporcionalidade e

ponderação, que em última instância podem ser manipulados para fundamentar quaisquer decisões. Se o Estado infringe um direito individual por razões inconsistentes com os bens, interesses e utilidades que aquele direito visa a garantir, então o viola (PILDES, 1998, p. 734) e vai de encontro ao dispositivo constitucional que o prestigia.

Assim, em contraposição à potestatividade própria ao Estado de Polícia – não superada pelo Estado de Direito em sentido lato –, adota-se no presente trabalho a concepção de Estado de Direito em sentido estrito. Esta é marcada pela adoção de um sistema de estrita legalidade, pela distinção entre validade e vigência e pela incorporação de limitações e condições vinculativas ao exercício do poder, o qual é minimizado e atrelado à função garantista de efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, em tal modelo, vincula-se o exercício do poder não a critérios potestativos de justiça, dotados de natureza extrajurídica, mas sim a condições de validade, em cuja aplicação se manifesta a dupla função dos direitos fundamentais.

1.3. Estado de Direito como um sistema de estrita legalidade e Estado de Polícia como um sistema de disciplina

Fixadas tais premissas, pode-se sintetizar que o Estado de Direito em sentido estrito se orienta à máxima efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e ao exercício mínimo do poder, ao passo que o Estado de Polícia, noutro extremo, é caracterizado pelo exercício máximo do poder e pela mínima garantia da liberdade.

No ponto, é curioso observar que Kelsen – que, como visto, defende um Estado de Direito “em sentido fraquíssimo” – propugna a garantia de um “mínimo de liberdade” para a existência de uma ordem jurídica. Esta – qualquer que seja – só não pode assumir caráter *exclusivamente* disciplinar, em que não se deixa *nenhum* espaço de liberdade para os indivíduos:

Na medida em que a conduta de um indivíduo é permitida – no sentido negativo – pela ordem jurídica, porque esta não a proíbe, o indivíduo é juridicamente livre. [...]. Visto que uma ordem jurídica – como toda a ordem social normativa – apenas pode prescrever ações e omissões inteiramente determinadas, nunca o indivíduo pode, na sua existência total, na totalidade da sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar e do seu sentir, ver a sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica. A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica (2009, p. 46 e 48)²⁴.

²⁴ Para Kelsen, a ordem jurídica não pode visar a impedir todos os conflitos possíveis: se as condutas de dois indivíduos são contrárias uma à outra e não são proibidas pela ordem jurídica, “tal é um conflito diante do qual a ordem jurídica não toma qualquer disposição” (KELSEN, 2009, p. 47)

Assim, Kelsen admite que a ordem jurídica restrinja direitos e liberdades independentemente de condições, vinculações e imperativos negativos, contanto que seja garantido um *mínimo* de liberdade, razão pela qual pode abarcar os caracteres do Estado de Polícia. De outra parte, o Estado de Direito em sentido estrito viabiliza um sistema de liberdade *máxima*, de modo que a atividade estatal e, por consequência, a própria legislação que a regula devem ser condicionadas e limitadas em seus fundamentos e finalidades, funcionalizando-se à maximização dos direitos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido, é possível constatar que a ordem jurídica exhibe caracteres diversos em tais modelos. A maximização da liberdade exige um modelo de (estrita) legalidade, ao passo que, em contraste, a manutenção de um mínimo de liberdade é correlata a um modelo de disciplina²⁵. Tanto a legalidade quanto a disciplina são estruturados a partir de uma divisão binária entre proibido e permitido. No entanto, a lei determina o proibido, ao passo que a disciplina, ao revés, determina o permitido (FOUCAULT, 2008, p. 60): para a lei, o permitido é indeterminado (negativo), ao passo que, para a disciplina, o proibido é indeterminado (negativo). Sob a perspectiva da lei, “a ordem é o que resta quando se houver impedido de fato tudo o que é proibido” (FOUCAULT, 2008, p. 60-61). Por outro lado, a ordem disciplinar não diz o que é proibido, pois regula tudo e dita constantemente o que se pode-deve fazer: diz-se apenas o que é permitido – que, por sua vez, confunde-se com o que é devido. Por isso, na ordem disciplinar, a liberdade é reduzida ao máximo e superada pelos imperativos de previsibilidade e controlabilidade.

Em virtude de tais distintas conformações, a norma jurídica cumpre então funções diversas em um sistema de estrita legalidade e em um sistema de disciplina. Em um sistema de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, a norma jurídica delimita e vincula o exercício do poder estatal, permitindo a deslegitimação interna do poder. Funciona como princípio a máxima *nulla coatio sine lege* e o agente estatal deve subsumir à norma o fato concreto em relação ao qual intervém. Daí a noção de que a aplicação da norma possui um caráter cognitivo (em relação ao fato) e recognitivo (em relação à norma). Em um sistema de disciplina, noutro giro, a norma jurídica é aplicada potestativamente pelos agentes estatais e viabiliza a expansão

²⁵ Apoia-se aqui nas concepções desenvolvidas por Foucault (2008).

do poder estatal, pois fornece imperativos positivos (ou é assim interpretada) que permitem que o próprio agente defina o fato em face do qual lhe é permitido intervir coercitivamente²⁶.

Portanto, um sistema de estrita legalidade estabelece definições prévias que delimitam, vinculam e condicionam o exercício do poder, ao passo que em um sistema de disciplina é o próprio aplicador da norma que exerce tal poder de definição de sua esfera de atuação. No primeiro caso, a norma delimita e define o espaço possível de atuação do agente estatal e cabe a este proceder a um exercício de subsunção a fim de aplicar a norma. No segundo, a norma não define previamente, mas sim atribui ao agente tal poder de definição. Concede-se ao Estado, pois, um cheque em branco para o exercício do poder, correlato à minimização do espaço deixado à liberdade do indivíduo.

1.4. Poder policial: no cerne da tensão entre Estado de Direito e Estado de Polícia

A contraposição entre Estado de Direito e Estado de Polícia, acompanhada pelas oposições entre legalidade e disciplina, é meramente ideal. Na prática, não se verifica uma oposição binária e necessária entre a implementação desses modelos extremos, mas sim graus variados de concretização das características centrais a um e outro modelo, que pendulam entre os polos mínimo e máximo. Nesse contexto, Zaffaroni (2001, p. 41-42) salienta que o Estado de Polícia é um estágio latente contido pelas constrictões jurídicas ao poder que caracterizam o Estado de Direito. Uma vez fragilizadas tais constrictões, aquele passa a se concretizar.

Tal tensão entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia reverbera com particular intensidade na atuação das agências policiais. Estas, além de seu papel para a persecução penal,

²⁶ Como consequência, no Estado de Direito, o poder punitivo é delimitado pelo princípio da estrita legalidade e pelo princípio da estrita jurisdicionalidade (cf. FERRAJOLI, 2014). Pelo princípio da estrita legalidade, dirigido ao legislador, exige-se que a lei que institui hipóteses delitivas, que autorizam a restrição à liberdade individual pelo Estado, seja precisa e rigorosa, mediante claras condições, vinculações e limitações ao exercício do poder. As conotações legais, pois, devem ser exclusivas e exaustivas em seu conteúdo, de modo a efetivamente circunscrever o espaço de atuação estatal por um vínculo de legalidade estrita (FERRAJOLI, 2014, p. 202). Por outro lado, o princípio da estrita jurisdicionalidade dirige-se ao aplicador da norma e exige o cognitivismo na determinação concreta da conduta ilícita e punível, que é assegurado por duas condições: o caráter assertivo e, portanto, verificável/refutável das hipóteses acusatórias e a sua comprovação empírica por procedimentos que permitam a verificação e também a refutação (FERRAJOLI, 2014, p. 40). O juízo, portanto, não deve ter caráter constitutivo do ilícito, mas sim recognitivo (em relação às normas aplicáveis) e cognitivo (em relação aos fatos regulados). A partir da conjunção de tais princípios, visa-se a excluir ao máximo as valorações e a admitir preponderantemente as afirmações e negações de fato e de direito dos quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual. Assim, o poder somente incide diante de fatos objetivos proibidos pela norma e tem como pressuposto fatos empiricamente verificáveis e refutáveis. No Estado de Polícia, por sua vez, as próprias instituições de controle penal constituem o ilícito, que não possui prévia delimitação legal. Os próprios agentes estatais – entre os quais se destacam os policiais – definem as condutas permitidas, toleráveis, e aplicam a repressão sobre as demais condutas proibidas, as quais podem equivaler, às mais variadas condutas ou condições pessoais tidas como desviantes.

representam “a encarnação mais concreta e cotidiana da autoridade governamental na vida dos cidadãos” e, concomitantemente, constituem “o único meio de força legal, disponível diuturnamente, capaz de responder de forma imediata e emergencial às mais distintas e heteróclitas demandas cidadinas por ordem pública” (MUNIZ, 1999, p. 37).

Conforme esclarece Arthur Costa (2004, p. 35), a palavra polícia deriva do termo grego *polis*, que designa a constituição e organização da autoridade coletiva. Não obstante, a concepção moderna de polícia não possui essa acepção global e totalizante. Como nota David Bayley (2001, p. 20), as polícias modernas são organizações destinadas ao exercício do controle social com autorização coletiva para o uso da força.

O elemento definidor do poder policial (poder das polícias)²⁷ – que distingue a atuação das agências policiais em relação à das demais agências estatais (não-policiais) – é, pois, a coercitividade direta, vale dizer: a possibilidade do uso da força. Deveras, o poder policial (das polícias) diferencia-se das demais manifestações do poder de polícia²⁸ – definido, em síntese, como a atividade estatal restritiva de direitos e liberdades em razão da tutela de interesses sociais ou coletivos – não tanto em função de seus motivos e finalidades, mas sim em função da possibilidade/capacidade do uso da força física (violência), mediante coerção direta.

A peculiaridade da atividade das agências policiais e a própria base do mandato policial é, portanto, a possibilidade e a capacidade do uso da coerção física imediata. O exercício do poder policial está intimamente relacionado, portanto, à própria definição do Estado moderno, entendido como o detentor do “monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (WEBER, 1982, p. 56).

Nesse passo, tanto os indivíduos, quanto as demais agências estatais (não-policiais) recorrem à polícia quando é necessário o recurso à coerção, a fim de lidar com “algo que não deveria estar acontecendo e sobre o qual alguém deve fazer algo imediatamente” (BITTNER,

²⁷ Neste trabalho, opta-se pelo uso da expressão “poder policial” em substituição à expressão “poder da polícia” tendo em vista que há vários órgãos policiais – várias “polícias” – no desenho normativo-institucional brasileiro.

²⁸ O poder de polícia é precipuamente estudado no âmbito do direito administrativo e, em regra, é definido pela prática de atos estatais que implicam a limitação de direitos e de liberdades dos indivíduos, com amparo na disposição constante do art. 78 da Lei n. 5.172/66 (Código Tributário Nacional), que contém tal definição em virtude de o poder de polícia constituir um dos fatos geradores da taxa (espécie de tributo). Nessa trilha, para Maria Di Pietro (2012, p. 123), “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. Em similar sentido, Lucas Furtado (2007, p. 650) conceitua-o como a “atividade estatal cujo objetivo consiste em restringir ou condicionar a esfera de liberdade ou de direitos dos particulares em razão do bem-estar da sociedade”. Carvalho Filho (2006, p. 64), na mesma esteira, conceitua-o como “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”. Para Mello (2008, p. 62), por sua vez, seria a “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-se aos interesses coletivos”. O poder de polícia, pois, é de natureza ampla e genérica: engloba as ações de agências estatais não-policiais, e não apenas as ações das agências policiais. Nesse passo, o “poder de polícia” (ou “polícia-função”) não se confunde com o “poder da polícia” (poder da “polícia-corporação”), aqui referido como “poder policial”.

2003, p. 236). Em contrapartida, os “policiais têm clara consciência de que são percebidos como ‘aqueles que podem’ – e de fato podem – intimidar a sociedade”, uma vez que possuem “acesso ao possível recurso a meios coercivos – que incluem a força física – para alcançar um fim pretendido” (BITTNER, 2003, p. 19-20).

A polícia constitui, portanto, uma instituição fundamental do Estado moderno e, conseqüentemente, o exercício do poder policial é de inafastável centralidade no exame da tensão entre Estado de Direito e Estado de Polícia. Nesse passo, tendo em vista que, por um lado, o policiamento é diário e cotidiano, imiscuindo-se no dia-a-dia dos cidadãos e que, por outro, o poder policial é caracterizado exatamente pela possibilidade da restrição de direitos e liberdades pelo uso da coerção, a atuação das agências policiais configura um parâmetro crucial para avaliar a efetiva consonância das práticas estatais em relação à ordem jurídica. A limitação rotineira dos direitos dos cidadãos pelas polícias, em detrimento de procedimentos menos invasivos e coercitivos, pode prenunciar uma inclinação autoritária de um governo, ainda que este se autoproclame um Estado de Direito democrático e liberal.

1.5. Preservação da ordem pública e neutralização dos direitos fundamentais

As polícias modernas, conforme observa David Bayley (2001, p. 27), são em regra incumbidas da tarefa de *preservação da ordem pública*, comumente identificada como uma função essencial do Estado, cuja legitimidade é significativamente determinada por sua capacidade de preservar a ordem. A responsabilidade da polícia em relação a essa atribuição, por sua vez, é mensurada por uma série de fatores, que envolvem a observância da lei, a confiança pública, a transparência, o controle, a resposta às demandas públicas, o tratamento igualitário, entre outros aspectos, os quais são critérios centrais para a avaliação da atividade policial e, conseqüentemente, da própria reputação e orientação de um governo.

A preservação da ordem pública relaciona-se diretamente aos fluxos, interações e usos que caracterizam os espaços públicos urbanos, bem como às diretrizes jurídicas e políticas que conformam as relações entre os indivíduos e também entre os indivíduos e os agentes policiais. Com efeito, a impossibilidade de controle total sobre as dinâmicas e interações sociais desdobradas nos espaços urbanos implica múltiplas tentativas de padronização e ordenação de rotinas, condutas e interações.

Nessa dinâmica, a ordem pública é descrita por Erving Goffman como a *regulamentação normativa da copresença*, vale dizer, da situação na qual as pessoas estão “acessíveis, disponíveis e sujeitas umas às outras” (2010, p. 19). Assim, o exercício do

policciamento pode amoldar-se a distintos modelos de regulação do convívio social, na medida em que pode se apoiar em distintas orientações quanto à noção de preservação da ordem pública, mais ou menos concordantes com o ideal de maximização das liberdades característico do Estado de Direito. Nesse passo, cabe notar que a noção de ordem pública não designa uma realidade material exata. Trata-se de uma concepção formal, cujo significado é definido contextualmente, o que implica sempre indagar: que ordem?

Por essa perspectiva, conquanto seja precipitado traçar relações causais diretas entre a intervenção policial e a ordem efetivamente presente em determinados contextos (para a qual influem fatores múltiplos e complexos que fogem ao controle das polícias), é de fato possível confrontar as diretrizes e prioridades da atuação policial com as condições de legitimidade jurídica e política de determinado regime. Fatores políticos, sociais e econômicos afetam as práticas das polícias, de modo que as características do Estado e do regime adotado são cruciais para a análise da tensão entre validade e efetividade de seus atos (COSTA, A., 2004).

Contudo, a despeito de sua centralidade política e jurídica, destaca-se uma generalizada indefinição quanto às tarefas policiais vinculadas à preservação da ordem pública, as quais, ainda que constitutivas de engajamentos comuns e ordinários do policiamento, são deixadas no terreno da informalidade, da criatividade, da não coordenação e do não planejamento. Mesmo nos manuais de polícia, o desempenho da preservação da ordem é associado a características pessoais como sabedoria, integridade e altruísmo pessoal do agente incumbido do policiamento ostensivo. Os policiais, então, aduzem que a preservação da ordem é baseada no senso comum e enfatizam elementos da experiência prática para cumprir adequadamente essa função (BITTNER, 2003). Trata-se, portanto, de uma atividade cuja regulamentação não é clara e extensiva e, ao revés, qualifica-se como incerta e nebulosa:

Talvez o aspecto face a face mais bem explorado da definição tradicional da ordem pública seja o que é às vezes chamado de 'segurança pública'. Suas regras básicas são poucas e claras, e, na sociedade ocidental atual, pesadamente reforçadas pela autoridade policial. Aqui, o foco da regulamentação está no uso que um indivíduo pode fazer de seu corpo enquanto objeto físico ou de instrumentos que ele pode manipular com seu corpo. (GOFFMAN, 2010, p. 33)

Nesse sentido, observa Susana Durão (2006, p. 58) que a atividade policial é marcada por uma alta variabilidade e que a dificuldade em definir as tarefas a ela inerentes decorre do fato de que a própria noção de ordem social, “porque é social, é por definição arbitrária, sujeita às avaliações sociais, ora implicando ora excluindo práticas de conservação, reforço e sanção tão variadas como as que originam os ‘desarranjos’, as ‘desordens’”. Por isso, em função da

indefinição do conceito de “ordem pública”, as polícias podem acabar encetando ações de “preservação da ordem pública” que visam não tanto a proteger os direitos fundamentais que conformam a ordem jurídica, mas sim a assegurar determinadas ordens locais, morais ou sociais difusas nos conglomerados urbanos (DURÃO, 2006, p. 388).

Quanto ao ponto, Juan Bustos Ramírez (1990) ressalta que, na região latino-americana, a política de preservação da ordem pública cumpre um papel autoritário e repressivo, que não apresenta nenhuma ideia de equilíbrio entre os direitos dos sujeitos e a organização estatal. Propicia-se com isso o continuísmo de políticas autoritárias de segurança orientadas à defesa dos interesses do Estado, e não dos direitos dos cidadãos, o que mantém intactas as práticas dos períodos ditatoriais, objeto de tímidos e escassos questionamentos (COSTA; LIMA, 2015).

Nesse cenário, as práticas policiais não servem apenas para detectar delitos, municiar a investigação preliminar e preparar um futuro processo penal, mas se revestem elas próprias já de uma finalidade imediata retributiva ou preventiva geral, voltada a produzir a intimidação dos tipos e categorias sociais reputados perigosos à preservação da ordem. Não se trata do controle penal formal de um Estado de Direito, já que este, para se justificar, deve possibilitar e assegurar tais direitos, sem eliminá-los ou miná-lo e, para tanto, tem de se basear na proteção de bens jurídicos e na responsabilidade pessoal do sujeito, bem como submeter-se às garantias penais e processuais que minimizam a violência institucional (RAMÍREZ, 1990).

A política de ordem pública executada pelas polícias latino-americanas implica então práticas estatais cotidianas de violência sobre as relações sociais. O Estado não rompe com a espiral e a escalada de violência que perpassa a região, mas sim a reforça e perpetua, ao aplicar contra os sujeitos concretos uma violência pessoal, de caráter físico ou psíquico, que pretende dar solução a conflitos sociais e políticos imediatos, à diversidade de posições políticas, ou aos problemas da pobreza ou da discriminação social. A coerção é utilizada como *prima ratio* e o espaço da pena substitui o espaço da política (DIAS NETO, 2005, p. 81-82).

Em tal “confronto entre a defesa da ordem (simbolizada na defesa do Estado e das instituições e no controle dos espaços públicos) e a defesa dos sujeitos (simbolizada na defesa das pessoas), o objeto primário da segurança pública é a ordem” (ANDRADE, V., 2013, p. 339). Com isso, a noção de ordem pública perde a referibilidade aos direitos fundamentais e passa a ser autonomamente definida pelas prioridades das próprias agências estatais. Contudo, quando é a própria polícia que define o conteúdo da ordem que lhe incumbe proteger, sem correlação com os direitos fundamentais e sem a possibilidade de questionamento e impugnação por instâncias externas, reforça-se a autoritária concepção de que a polícia não erra: *the police*

can do no wrong. Vale então frisar que a criação de um conceito extrajurídico de ordem pública constitui um esforço do Estado de Polícia, incompatível com o Estado de Direito, já que neste

a ordem pública é sempre jurídica: deve referir-se a interesses ou direitos, individuais ou coletivos (mesmo difusos), mas sempre jurídicos e concretos. A nebulosidade metajurídica de uma ordem pública extrajurídica equivale à pretensão penal de sancionar ações pelo mero fato da violação do dever, eludindo a lesividade (ZAFFARONI, 2001, p. 102).

A esse respeito, Zaffaroni (2012) alerta que a eficácia das restrições impostas ao exercício do poder estatal é colocada em xeque pela instrumentalização dos discursos de legitimação do poder como técnicas de neutralização das limitações e vinculações jurídicas – vale dizer, como justificativas para a sua não submissão à ordem jurídica.

Assim, quanto à prática de ilegalidades pelo próprio Estado, Zaffaroni (2012) – com suporte no instrumental teórico erigido por Gresham Sykes e David Matza (1957) relativo à prática de condutas criminosas pelos indivíduos²⁹ – destaca que as agências estatais não necessariamente negam a vigência das normas, mas arquitetam justificativas que funcionam como *técnicas de neutralização* das normas contrárias aos seus atos³⁰.

O uso de técnicas de neutralização do direito permite que imperativos genéricos e potestativos como a preservação da ordem, o combate à criminalidade, ou a defesa da sociedade sejam mobilizados potestativamente para justificar a violação de direitos fundamentais. Com isso, permite-se que, na prática, o Estado de Direito estabelecido no plano normativo conviva

²⁹ A noção de técnicas de neutralização foi elaborada por Sykes e Matza (1957), que, em oposição à teoria das subculturas criminais, observaram que, a fim de praticar atos ilegítimos, as pessoas comumente arquitetam justificativas que neutralizam os valores e normas que seguem e que são contrários a tais atos. Defende-se que o agente de um crime não parte de uma rejeição radical ao sistema normativo, mas sim constrói justificativas que demonstrariam que a sua conduta não ofende o sistema normativo em que ele próprio acredita. Sykes e Matza (1957) identificam então cinco técnicas de neutralização: a negativa da própria responsabilidade, a negativa do dano provocado, o desprezo à vítima, a condenação dos condenadores e o apelo a uma lealdade superior.

³⁰ Zaffaroni (2012) argumenta que a neutralização das restrições jurídicas ao exercício do poder envolve algumas táticas recorrentes. Em primeiro lugar, a agência estatal (executiva ou judicial) empenhada em se desvencilhar das limitações legais e justificar práticas ilegais pode recorrer à negativa de sua própria responsabilidade ao definir situações de urgência ou de extrema necessidade, em face das quais inexisteriam alternativas senão a adoção do ato ilícito. Tal possibilidade manifesta-se em especial no exercício do poder policial e do poder cautelar, em que se articulam situações de urgência em que as garantias fundamentais são obstáculos à intervenção imediata (tirania da urgência). Além disso, recorre-se também à negativa do dano, mediante a ocultação ou abrandamento da violação de direitos causada, e ao desprezo da vítima, mediante a ênfase aos prejuízos que foram ou seriam causados pelos indivíduos que tiveram seus direitos cerceados e também mediante a disseminação de preconceitos que substancializam tais indivíduos como sub-humanos, como um outro diferente que integra um todo maligno a ser extirpado. Para tanto, além do uso das diferenças flagrantes, as mínimas diferenças são levadas ao extremo, são elaboradas, a fim de criar o estranho, o qual “sempre gera suspeita e desconfiança, abre espaço para a paranoia” e é logo convertido em inimigo (ZAFFARONI, 2012, p. 385). Por fim, tais táticas são frequentemente acompanhadas pela condenação dos condenadores: todos os que apontam e criticam a ilegalidade são identificados como traidores e/ou ignorantes que não veem a urgência/perigo que impele à intervenção estatal defendida.

com intervenções estatais compatíveis com o Estado de Polícia, amparadas em imperativos genéricos de expansão do poder.

Noutro giro, em um sistema orientado à máxima efetivação dos direitos fundamentais, a coerção estatal restritiva desses direitos deve ter justificção consistente com os bens jurídicos que os direitos fundamentais buscam proteger, a fim de ser dotada de validade. Assim, são inválidas restrições de direitos amparadas em justificativas extrajurídicas (dotadas de natureza substancialista, tais como motivações morais, políticas, culturais...), pois lastreadas em um juízo potestativo do aplicador da lei. Como consequência, o conceito de ordem pública só pode ser interpretado com referibilidade aos direitos fundamentais que conformam a ordem jurídica.

1.6. A deficitária racionalização jurídica das atribuições policiais no direito brasileiro

No desenho institucional brasileiro, as agências policiais, municiadas do poder de coerção direta, são incumbidas de inúmeras atribuições, elencadas nos incisos do artigo 144 da CF/88, as quais abarcam, em especial, atos de investigação criminal, orientados à apuração de infrações penais, e atos de preservação da ordem pública, que apresentam caráter multifacetado e variável. À polícia federal e às polícias civis estaduais incumbe exercer as atividades de polícia judiciária e apuração de infrações penais, nos termos dos §§ 1º e 4º do art. 144 da CF/88. Às polícias militares estaduais incumbe exercer a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, nos termos do § 5º do mesmo dispositivo constitucional.

No que toca à investigação preliminar, a atuação policial, embora normatizada na seara do direito processual penal, é insuficientemente regulada e controlada. Não raro, os vícios ocorridos na fase de investigação policial são ignorados pelas instâncias de controle da persecução penal, especialmente em função do entendimento corrente no sentido de que as eventuais nulidades verificadas no inquérito policial não se projetam para a fase judicial (DUARTE *et al.*, 2014)³¹. Assim, inúmeros atos investigativos são praticados cotidianamente e rotineiramente de modo informal e descontrolado pelas polícias, sem que seja despertada a atenção da dogmática jurídica ou das agências judiciais.

Ademais, além da insuficiência dogmática quanto à proliferação de atos de investigação praticados pelas polícias ao largo da legislação processual penal, verifica-se ainda

³¹ Trata-se de entendimento jurisprudencial pacífico. Ilustrativamente, confirmam-se: STJ, REsp 332.172/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 24/05/07, DJe 04/08/08; STJ, HC 342.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/02/16, DJe 02/03/16.

que a interpretação dada à noção de *ordem pública* aproxima-se da tutela de valores extrajurídicos e não dos princípios e direitos norteadores da ordem jurídica, a qual serve à validação de atos policiais desprovidos de respaldo legal. Em consequência, é uma constante a utilização do imperativo de preservação da ordem pública como um fundamento não para a proteção, mas sim para a restrição de direitos e liberdades fundamentais pelas polícias.

Assim, um dos autores mais citados nos estudos jurídicos sobre o tema, Álvaro Lazzarini, aduz que a “a noção de ordem pública, em verdade, é mais fácil de ser sentida do que definida” (2000, p. 177)³² e é marcada por um

conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A noção, portanto, obedece a um critério contingente, histórico e nacional.

Similarmente, em outra obra comumente citada, Moreira Neto ressalta que a ordem pública decorre da disposição harmônica ou ideal de seus elementos, o que, em sentido material, configura uma situação de fato e, em sentido formal, um conjunto de valores e princípios que garantem o funcionamento regular e estável do sistema de convivência pública (1988, p. 144).

Nesse passo, a despeito de seu protagonismo nos textos constitucionais³³, a ordem pública é vagamente definida e marcada por pouca ou nenhuma vinculação aos direitos fundamentais tutelados norteadores da ordem jurídica, ao passo que se aproxima de valores extrajurídicos, de cunho meramente social, religioso ou moral e se associa à conservação da ordem estabelecida, independentemente de sua valoração jurídica³⁴.

³² Quanto à vagueza da expressão, alertando que a noção é variável no tempo e no espaço, José Cretella Júnior ressalta que a preservação da ordem pública “não se trata, apenas, da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral” (1998, p. 6). De acordo com José Afonso da Silva (2007, p. 756), a ordem pública seria marcada pela ideia de uma “pacífica convivência social”. Para Negi Calixto, “é caracterizada pela sua essencial plasticidade” e por “ter de ser vaga, imprecisa, a noção geral” (1987, p. 13-14, sem grifo no original): a vagueza é característica indispensável da noção.

³³ Na Constituição de 1891, prevê-se que o direito de reunião pode ser restringido pela polícia “para manter a ordem pública” (art. 72, § 8º) e que podem ser expulsos os estrangeiros “perigosos à ordem pública” (art. 72, § 33). Na Constituição de 1934, repetem-se tais previsões (art. 113, §§ 11 e 15), prevê-se que o direito à liberdade de crença e consciência pode ser afastado se houver contrariedade “à ordem pública e aos bons costumes” (art. 113, § 5º) e prevê-se que a defesa da ordem incumbe às forças armadas (art. 162). Idênticas previsões são elencadas na Constituição de 1946 (art. 141, §§ 7º e 11, art. 143 e art. 177). Na Constituição de 1967, mantém-se a previsão relativa à restrição à liberdade de crença, consciência e culto e à liberdade de associação e reunião (art. 150, § 5º e § 27), bem como as previsões relativas às forças armadas (art. 92, § 1º) e às polícias militares (art. 13, § 5º). Já na Constituição de 1988, remanesce a carga das forças armadas a atribuição de defesa da ordem (art. 142) e observa-se que a segurança pública é exercida “para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (art. 144) pelas polícias. A preservação da ordem é atribuída às polícias militares (art. 144, § 5º).

³⁴ Afastando-se em parte do caráter “sociológico ou moral” da noção, alguns buscam definir a ordem pública em sentido “jurídico ou formal”. Correa aponta que, “do ponto de vista jurídico, ordem pública compreende *aquelas* normas que não podem deixar de ser cumpridas” (1986, p. 73). Assim, mesmo quando se esboça correlação entre

Essa noção de ordem pública vaga e imprecisa, frouxamente relacionada à tutela dos direitos fundamentais, pode ser cotidianamente erigida pelas polícias para justificar a inobservância das diretrizes legais e constitucionais³⁵. Com efeito, ao ser construída como um valor extrajurídico, de caráter substancialista, pode ser tutelada com base nos critérios de justiça dos próprios agentes estatais, e não nas condições de validade estabelecidas na ordem jurídica.

Tendo em mira tal conformação, Moreira Neto identifica expressamente a ordem pública como um “sobredireito” que permitiria estabelecer “limites à manifestação da liberdade individual” (1988, p. 145). A ordem pública sobrepõe-se então ao sistema jurídico e serve como válvula de escape às restrições jurídicas impostas ao exercício do poder estatal³⁶. Nessa linha, mais precisamente, a ordem pública pode operar não só como um *sobredireito*, mas, de modo mais explícito, como um *contradireito*, dada a viabilização à violação dos direitos fundamentais que norteiam o sistema jurídico.

Por essa perspectiva, a preservação da ordem pública é mobilizada como um *mandatum omnibus* (GONÇALVES, 2014) que viabiliza a prática autonomizada de uma ampla gama de ações coercitivas e repressivas que nem sequer necessitam de uma legislação

ordem pública e ordem jurídica, esta é vaga e parcial (“*aquelas* normas”), de modo a viabilizar a imposição seletiva e enviesada de determinadas normas em detrimento de outras de acordo com critérios não jurídicos – vale dizer, de acordo com uma avaliação de mera conveniência e oportunidade feita pelos próprios aplicadores da norma. Pode-se replicar a crítica feita por Baratta (2015) à parcial noção de “direito fundamental à segurança”.

³⁵ A preservação da ordem pública é especialmente associada ao poder de polícia, cujo estudo também revela essa prevalência de interesses extrajurídicos de caráter geral em relação aos direitos e garantias constitucionalmente tutelados. Ao examinar os matizes do poder de polícia, Di Pietro (2012) pondera que, em um Estado de Direito liberal, vige o princípio da legalidade e confere-se primazia à liberdade, razão pela qual a atuação estatal restritiva de direitos individuais é excepcional e só deve ser admitida “para assegurar a ordem pública”, ao passo que, em um Estado de Polícia, o governante dispõe de poderes amplos para intervir na vida privada dos cidadãos, “sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo” (DI PIETRO, 2012, p. 122). Apesar da oposição traçada, vislumbra-se uma distinção muito tímida entre as definições do poder de polícia sob um Estado de Polícia e sob um Estado de Direito, pois em ambas se admite a restrição de direitos com base em fundamentos genéricos: de um lado, a “segurança e o bem-estar coletivo” e, de outro, a “ordem pública” ou, mais genericamente, o “interesse público”. Não se trata, porém, de posição isolada. Em regra, a doutrina entende que o poder de polícia é atividade restritiva de direitos individuais em razão de interesse público (cf. FURTADO, 2007, p. 650; CARVALHO FILHO, 2006, p. 64; MELLO 2008, p. 62) e que a proteção do interesse público conferiria à Administração posição de supremacia em relação aos administrados (cf. DI PIETRO, 2012, p. 121; MEIRELLES, 1996, p. 118; CARVALHO FILHO, 2006, p. 69-70). Assim, tradicionalmente, concebe-se o princípio da supremacia do interesse público como “elemento central do regime jurídico-administrativo” (FISCHGOLD, 2011, p. 23), o qual legitimaria o desequilíbrio na relação entre a Administração e os administrados em favor da primeira. Fischgold (2011) explicita, contudo, a difícil compatibilização do princípio do interesse público com o ordenamento constitucional, em que interesses públicos e privados não são antagônicos, mas complementares e em que os direitos fundamentais possuem força normativa em relação à atuação estatal.

³⁶ Conforme Moreira Neto, as polícias utilizam um “conceito operativo” de ordem pública, que se aproxima de um conceito de ordem pública em sentido material atrelado ao ideal de manutenção de um estado de “paz social” ou ainda de uma “situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes da sociedade” (1988, p. 145). A própria concepção de um conceito “operativo” deixa claro o intuito de que tal noção seja utilizada para legitimar e justificar a atuação efetiva das agências policiais no plano jurídico. Nada obstante, tal concepção não possui correlação com os direitos dos cidadãos e fornece amplo permissivo para a intervenção policial, sem vinculações, restrições e limites.

declaradamente de exceção ou de uma política criminal declaradamente autoritária para se perpetuarem e se disseminarem. Os direitos fundamentais são neutralizados a despeito da plena vigência da ordem constitucional, com base em uma interpretação isolada e imprecisa dada a um conceito previsto nessa mesma ordem constitucional e empregado em sua contraposição.

Nesse contexto, viabilizam-se discursos e práticas em que os direitos são restringidos e anulados com base em fundamentos genéricos e potestativos conexos à “preservação da ordem”, tais como a “defesa da sociedade” e o “combate à criminalidade”, associados a ideais de disciplina, estabilidade e controle social que se prestam à neutralização dos direitos fundamentais. Identifica-se, portanto, uma dissonância entre ordem pública e ordem jurídica, a qual é reforçada pela desregulamentação e pelo descontrole da atividade policial. Sobressai daí o uso da “preservação da ordem pública” como um imperativo que permite a restrição e a violação de direitos fundamentais constitui uma técnica de neutralização desses direitos, a qual fragiliza as condições de validade dos atos estatais e prejudica o seu controle ao abrir caminho à confusão entre discricionariedade e arbitrariedade.

1.7. Controle da atividade policial e tentativas de constitucionalização do poder policial

A deficitária racionalização jurídica do poder policial, seja na seara da investigação criminal, seja na seara da preservação da ordem pública, implica a fragilidade dos mecanismos de controle da validade jurídica da atuação policial. Deveras, sem parâmetros claros e objetivos que definam as condições de validade da atuação policial, torna-se difícil a diferenciação entre atos policiais legais e ilegais. E, em um modelo de cunho autoritário³⁷, a tendência acaba sendo a de reputar legais as inúmeras intervenções policiais situadas nas zonas cinzentas do poder policial, o que enfraquece o controle de validade da atuação das agências policiais.

Quanto ao ponto, é oportuno esclarecer que o controle da atividade policial é subdividido entre o controle interno (exercido pelas próprias polícias) e o controle externo (exercido por outras instituições e pela sociedade de modo geral). Essas duas modalidades de controle podem ocorrer de modo informal ou de modo formal (CANO, 2005).

³⁷ Em síntese, entendem-se os modelos autoritários como aqueles que “privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso”, além de negarem a igualdade e admitirem o princípio hierárquico: “é que a ordem ocupa todo o espectro dos valores políticos, e o ordenamento hierárquico que daí resulta esgota toda a técnica da organização política” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 94-96).

Conforme registram Lemgruber, Musumeci e Cano (2003), tanto o controle interno quanto o controle externo da atividade policial são frágeis no Brasil. Ao conduzir pesquisa perante as polícias militares e civis dos Estados de São Paulo, Pará, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, os autores notam que as polícias militares do país ainda são marcadas por crimes graves, entre os quais despontam a corrupção, o abuso de poder e o extermínio de suspeitos, sobretudo pobres e negros.

O *controle interno formal* é marcado sobretudo pelo controle disciplinar e hierárquico, para o qual são essenciais mecanismos rotineiros de prestação de contas, que permitam a avaliação e a supervisão do trabalho policial. Paralelamente à supervisão hierárquica, destaca-se também a atuação das corregedorias, órgãos voltados à fiscalização da atividade policial.

As corregedorias, idealmente, devem atuar tanto pela ótica da função disciplinar (investigação e punição dos desvios de conduta dos agentes e trabalho preventivo para diminuir transgressões futuras: “polícia da polícia”) e também pela ótica do controle de qualidade (trabalho correicional voltado à adequação técnica e à promoção e melhoria das ações profissionais). Contudo, não se identifica um trabalho adequado e suficiente das corregedorias em nenhuma dessas duas vertentes (CANO; DUARTE, 2013).

Deveras, constata-se a estrutura deficiente e a demanda elevada das corregedorias, bem como a prevalência da punição de desvios em detrimento da prevenção e da correção, de modo que os policiais que atuam nas corregedorias são estigmatizados como interessados apenas em “perseguir os policiais”. Mesmo assim, na pesquisa feita por Lemgruber, Musumeci e Cano (2003), observou-se que cerca de 85% das queixas contra policiais militares e 93% das queixas contra policiais civis não resultam em punição.

No ponto, Cano (2005) destaca que as corregedorias são vistas como corporativistas, mas essa crítica deveria se direcionar ao conjunto da instituição policial, em que a “lealdade na transgressão” é um elemento da própria identidade profissional. Diante de uma subcultura profissional de convivência com desvios e abusos, verifica-se que o *controle interno informal* é frágil e, na verdade, invertido, o que culmina por se refletir na dificuldade da implementação de um controle interno formal efetivo. Este acaba se centrando no aspecto punitivo, sem nenhuma eficácia sistêmica, e reforça a noção de que a punição se dirige às “maças podres”, vale dizer, a alguns poucos policiais que seriam comprovadamente desviados, contrastando com o conjunto da corporação.

Por sua vez, o *controle externo* das polícias pode ser desempenhado pelo Ministério Público, por força da atribuição constante do art. 129, VII, da CF/88³⁸, pelas polícias umas em relação às outras, pelo Judiciário, pelo Legislativo (formal) e pela própria sociedade (informal). Ao mencionar o controle externo, Lemgruber, Musumeci e Cano (2003) conferem especial destaque à inércia do Ministério Público, instituição que, conquanto constitucionalmente incumbida do controle da atividade policial, não a desempenha a contento. Nesse particular, é central a observação de Cano (2005, p. 4 e 5):

O controle externo formal da atividade policial compete, por imperativo constitucional, ao Ministério Público. Entretanto, o Ministério Público não exerce efetivamente esse controle no dia a dia, com raras exceções, por uma série de motivos. Entre eles, a falta de hábito de visitar delegacias, a relutância em se envolver com a atividade policial e a falta de recursos humanos suficientes. O controle do MP limita-se, em geral, ao controle dos inquéritos remetidos pela Polícia Civil. Em relação à Polícia Militar, ele é praticamente inexistente. Existe um certo paradoxo em relação ao controle que se reclama do MP em relação ao trabalho da Polícia Civil, pois, por outro lado, exige-se também que os promotores colaborem efetivamente com os delegados no trabalho de investigação para evitar a morosidade no infundável percurso dos inquéritos entre uma e outra instituição. Ora, é difícil esperar um controle externo ideal e isento por parte de alguém que, no dia a dia, trabalhe conjuntamente com o órgão controlado.

Quanto ao ponto, Ela Castilho e Maria Tereza Sadek (2010, p. 24), notam que, na virada do século, os próprios membros do Ministério Público Federal (MPF) visualizavam o desempenho nessa seara como o pior da instituição, classificando-o entre “regular” a “péssimo”. Ainda atualmente, observa-se que as preocupações do MP em relação à atividade policial gravitam sobretudo entre a possibilidade de investigação criminal pelo próprio MP³⁹ e o poder de requisição dos membros do MP em relação às autoridades policiais que presidem o inquérito, com pouca atenção dispensada à observância dos direitos fundamentais pelas instituições policiais (v.g., cf. DEMERCIAN; MALULY, 2014). Detecta-se então que a atuação do MP na seara do controle externo da atividade policial ainda é eminentemente reativa e insuficiente (LIMA, J., 2012; SANKIEVICZ, 2005).

Em tal cenário, Lemgruber, Musumeci e Cano (2003) destacam, em contraponto, a importância assumida pela atuação das ouvidorias de polícia, a fim de superar a fragilidade do controle interno pelas corregedorias e do controle externo pelo MP. No entanto, Cano (2005)

³⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

³⁹ Possibilidade já admitida pelo STF, que adotou a chamada “teoria dos poderes implícitos” (RE 593727/MG, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/5/2015)

nota que as ouvidorias ainda estão grau incipiente de institucionalização e não são suficientemente conhecidas pela sociedade.

Por outro lado, Cano (2005, p. 5-6) observa que a polícia é uma instituição pública que se submete ao controle externo formal do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Em relação ao Poder Legislativo, a sua atuação é pontual, mediante a composição de comissões parlamentares de inquérito ante casos escandalosos de abuso de poder. Por outro lado, quanto ao Poder Judiciário, conquanto represente um “controle imprescindível no caso extremo de ilícito penal”, não tem efetuado contraposição firme e sistemática quanto aos abusos policiais, que redundam no mais das vezes na impunidade.

Delineados tais canais de controle externo formal, Cano (2005, p. 6) frisa a atuação dos Conselhos Comunitários de Segurança Pública, órgãos que se situam entre o controle formal e o informal e que têm por objetivo representar a comunidade na sua interlocução com as polícias e demais instituições estatais de segurança pública, mediante “um controle mais propositivo e participativo da sociedade, que não se limite à inibição dos abusos”.

No ponto, quanto ao *controle externo informal* feito pela sociedade, Cano e Duarte (2013, p. 4) destacam que o controle da atividade policial não envolve apenas a coibição de abusos e desvios, mas exige também “a capacidade da sociedade de conhecer o funcionamento das instituições e de influenciar as políticas”, razão pela qual “a transparência é indispensável para permitir a fiscalização da polícia pela população, pois não é possível a sociedade controlar uma instituição que desconhece”.

Tais mecanismos de controle não podem ser compreendidos isoladamente, bem como não podem ser dissociados dos demais aspectos regulamentares e institucionais das agências policiais. Quanto ao ponto, é imprescindível destacar os recentes esforços de análise, mensuração e democratização das práticas policiais no país, capitaneados, sobretudo, pela Secretaria de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Entre as iniciativas da SENASP, são especialmente relevantes a compilação de manuais de práticas policiais e procedimentos operacionais padrão (POPs) e as pesquisas promovidas no projeto Pensando a Segurança Pública, além de outros projetos e publicações. Entre os projetos do FBSP, por sua vez, despontam a Revista Brasileira de Segurança Pública e o Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

Cabe então notar que, sob o marco do Estado de Direito, é possível identificar distintas estratégias de redução da distância entre normatividade e efetividade das práticas policiais ou, em outros termos, orientadas à *constitucionalização do poder policial*. Tais estratégias não se reduzem ao fortalecimento dos mecanismos de controle e podem ser subdivididas em três

dimensões principais: institucional (relativa à organização das corporações, ao controle interno e à formação dos policiais), legal (relativa à regulamentação normativa das atividades das polícias) e judicial (relativa à submissão das atividades das polícias ao controle judicial).

No que toca à dimensão institucional, desponta a preocupação com a formação humanitária e jurídica dos agentes policiais e com o fortalecimento das corregedorias e dos procedimentos de controle interno da atividade policial. Contudo, a preocupação unívoca com essa dimensão traz o risco da prevalência de uma interpretação profissional e de uma racionalidade estratégica quanto à eficiência da atuação policial (COSTA, A., 2004), o que exige a sua interlocução com as demais dimensões, legal e judicial.

Por isso, é importante salientar que, no contexto brasileiro, a dimensão legal revela flagrantes carências. A legislação vigente regula a atividade investigatória das polícias na seara do direito processual penal – na qual é ainda prevalente uma racionalidade inquisitorial a despeito do advento da CF/88 (GARCIA, 2015, p. 68-70) –, mas não a atividade policial anterior ao início da persecução penal. Nesse passo, a polícia ostensiva é timidamente normatizada por lei em sentido estrito e é marcada por um peculiar vazio normativo, em virtude do qual se tem sustentado que seus atos seriam administrativos e preventivos e a sua validade decorreria do mandato genérico constante do § 5º do art. 144 da CF/88, que confere às polícias militares a atribuição de preservação da ordem pública (cf. OLIVEIRA, A., 2014). Nesse passo, o policiamento ostensivo culmina regrado, sobretudo, pelos padrões de conduta das próprias polícias militares e se orienta precipuamente por princípios inquisitoriais e por uma concepção hierárquica e holista de ordem pública (LIMA, Roberto, 1989).

Dada essa conformação legal, a dimensão judicial é igualmente deficiente. O controle judicial de validade das medidas de investigação utilizadas pelas polícias civis embasa-se nos parâmetros legais vigentes – e reflete, em larga escala, suas lacunas e deficiências. As medidas de coerção e repressão cotidianamente empreendidas pelas polícias militares, por sua vez, praticamente passam ao largo do controle judicial. Aduz-se, para tanto, que a motivação, o modo de execução e a finalidade das intervenções policiais orientadas à preservação da ordem inserir-se-iam no âmbito da discricionariedade policial (RAMOS; MUSUMECI, 2005). Portanto, o imperativo de preservação da ordem não apenas é utilizado como fundamento das ações policiais, mas também é arguido para restringir a sua submissão ao controle judicial.

Nesse contexto, os esforços de aproximação entre normatividade e efetividade das práticas policiais concentram-se na dimensão institucional, ao passo que as dimensões legal e judicial são marcadas por lacunas, silêncios e carências. Privilegiada a perspectiva técnico-estratégica, as polícias tendem a dar primazia à avaliação da *eficiência* de suas intervenções,

com preocupação meramente secundária em relação à sua *validade*. Consequentemente, inúmeras coerções policiais deixam de ser submetidas às constrições do sistema jurídico.

1.8. Disciplina policial e indisciplina jurídica: o poder configurador

Como há muito se sabe, a dogmática processual penal possui prioridades desiguais. Seu objeto privilegiado abarca, sobretudo, o desenrolar do processo penal formal, conduzido pelas agências judiciais – aí inseridos o Poder Judiciário em sentido estrito, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a advocacia. Assim, nos volumosos manuais, tenciona-se dissecar a fase judicial da persecução penal, encarada sob o ideal de um sistema acusatório, balizado por garantias tendentes a reduzir o espaço de discricionariedade e, portanto, o risco de decisionismo. Contudo, em paralelo à normatização e ao controle direcionados ao sistema processual penal formal, largos bolsões de arbitrariedade decorrem da atuação informal, desregulada e descontrolada das agências policiais, à qual os estudos dogmáticos em regra dispensam apenas a lamentação, desacompanhada de qualquer análise substancial quanto às possibilidades concretas de sua regulamentação e controle.

Essa disparidade torna vão todo o autoelogiado esforço de redução da violência institucional empreendido pelas agências judiciais e pela dogmática processual penal. Com efeito, não é novo o diagnóstico de que “o verdadeiro poder punitivo é exercido pelas agências policiais” (ZAFFARONI, 2012, p. 420). São exatamente as polícias as agências estatais que detêm a parcela mais significativa do poder de seleção que formata a criminalização secundária⁴⁰, pois definem quais pessoas e condutas serão alvo da investigação criminal e da repressão penal. Ademais, são também as polícias que exercem diuturno poder de vigilância e disciplina sobre a população, sob o pálio da atribuição de preservação da ordem pública e do imperativo de prevenção geral. Essas tarefas, que se entrelaçam no cotidiano policial, são cruciais à determinação dos rumos e esferas de incidência do poder coercitivo estatal, inclusive no bojo da persecução penal formal. Por isso, de nada adianta reduzir o arbítrio exercido por meio do processo penal se, ao mesmo tempo, a coerção e a repressão podem ser exercidas pelas polícias de modo informal – sem técnica, sem norma, sem controle.

⁴⁰ Contempla-se o processo de criminalização como composto pela fase de criminalização primária (consistente na tipificação em abstrato de crimes na lei penal) e pela fase de criminalização secundária (consistente na efetiva aplicação da lei penal sobre ações e pessoas concretas pelas agências do sistema penal, entre as quais se destacam as agências policiais) (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

No direito brasileiro, parcela considerável da atividade das polícias é muito timidamente analisada pela perspectiva dogmático-jurídica e tem passado ao largo do controle judicial⁴¹. A busca pessoal, objeto principal deste trabalho, insere-se nesse rol de ações policiais que escapam à racionalização jurídica pela dogmática e pelas agências judiciais. Estas colocam-se em um nível superior associado ao caráter acusatório do processo penal, ao passo que a identidade policial se constrói associada à não oficialidade dos procedimentos.

As justificativas para a menor atenção dispensada à regulamentação da atividade policial gravitam entre algumas assertivas genéricas recorrentes, tais como as de que a investigação policial é meramente preparatória do processo penal – conquanto os elementos colhidos no inquérito continuem nos autos do processo e sejam diuturnamente utilizados na fundamentação das sentenças proferidas – e de que a preservação da ordem pública é atividade meramente administrativa e preventiva, não submetida aos princípios e garantias incidentes sobre o processo penal – conquanto o desempenho dessa atividade comumente abarque a descoberta e a repressão de práticas delitivas (DUARTE *et al.*, 2014).

Portanto, a expansão dos poderes das polícias se dá concomitantemente à consolidação do edifício processual formal garantista e conta com o explícito aval da cultura jurídica ou, ao menos, com a sua indiferença e desinteresse (FERRAJOLI, 2014). Essa ambiguidade serve à legitimação e à manutenção da autoimagem garantidora da dogmática jurídica e das agências judiciais, ao passo que o “trabalho sujo” é deixado a cargo das agências policiais:

Mediante esta expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social (ZAFFARONI, 2001, p. 23).

Estabelecem-se então dois subsistemas punitivos, um orientado pelas garantias penais e processuais, e outro desregulado e desjudicializado, orientado pelo potestativo imperativo de

⁴¹ Quanto ao ponto, em conexão com a pesquisa de Duarte, *et al.* (2014), temas específicos em que se manifesta o descontrole jurídico do poder policial foram explorados em monografias de conclusão de curso produzidas no âmbito da Graduação em Direito na Universidade de Brasília, sob a orientação do prof. Evandro Piza Duarte, mormente a partir das discussões travadas na disciplina Inquérito Policial e Prova Ilícita. Assim, sobre a omissão quanto a denúncias de violência policial, inclusive letal, nos processos relativos a tráfico de drogas, ver ONO, 2014 e BEZERRA, 2014. Sobre o uso da prisão cautelar como pena antecipada também nos casos de tráfico, ver TALGATI, 2015. Sobre a inobservância das formalidades do procedimento legal de reconhecimento de pessoas e a deficiência de seu controle jurisdicional, ver MARQUES, A., 2014. Em várias delas desponta, ainda, o estudo do tema no direito estadunidense. Nesse sentido, sobre o uso limitado da doutrina da prova ilícita, ver CARVALHO, G., 2013. Sobre a dispensa de mandado judicial para a entrada forçada em domicílio na investigação do crime de tráfico de drogas, ver SIQUEIRA, 2014. Sobre o uso de meios de investigação invasivos e em especial sobre o acesso a dados celulares por policiais, ver SILVA, C., 2016.

defesa social, do qual decorre a possibilidade de aplicação autoritária, disciplinar e vertical do poder coercitivo. Identifica-se, pois, uma “bizarra hierarquia nobiliárquica” dos estudos jurídicos, que se direcionam de modo subsidiário e insatisfatório ao exercício do poder policial:

O direito de polícia, porque direito inferior, ou pior, não direito, representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos. Manifesta-se, todavia, nesta matéria, uma espécie de esquizofrenia da ciência jurídica: tão atenta aos limites entre direito penal e administrativo, com respeito às contravenções e aos outros delitos de bagatela, e, até mesmo, virtuosamente preocupada com as possíveis diminuições de garantias que se seguem à despenalização, quanto desatenta ou não responsabilizada com respeito ao grande universo das medidas policiais e administrativas restritivas da liberdade pessoal. (FERRAJOLI, 2014, p. 708)

Tais prioridades desiguais no plano dogmático não são de todo desconectadas da realidade social, uma vez que as restrições policiais à liberdade pessoal, no âmbito do que se convencionou chamar de “medidas de ordem pública”, atingem prevalentemente grupos sociais vulneráveis e marginalizados, entre os quais “subtrabalhadores, prostitutas, vagabundos, ociosos, desocupados, subocupados, imigrantes e similares” (FERRAJOLI, 2014, p. 709). Nesse contexto, a repartição desigual das prioridades acadêmicas tradicionais, parcamente direcionadas à racionalização do poder policial, parece consubstanciar mero reflexo da marginalização de seus alvos cotidianos.

Em virtude de tal disparidade, ao lado do sistema penal formal, as agências policiais atuam com base em suposições sobre a potencial periculosidade dos cidadãos (LIMA, Roberto, 1989), a partir das quais se manifesta elevado risco de arbítrio. Com isso, o sistema formal que rege e delimita as ações praticadas no âmbito do processo penal revela-se inócuo, pois as agências policiais podem atuar paralela e autonomamente mediante a imposição de medidas de caráter igualmente coercitivo e punitivo.

Ante o descontrole jurídico do poder policial, Zaffaroni (2001, p. 22-25) nota que, na América Latina, parte relevante do poder punitivo estatal é exercida por meio do chamado *poder configurador*, praticado, sobretudo, mediante ações destinadas ao controle das condutas realizadas em lugares públicos ou privados, com a introjeção de uma ordem disciplinar vertical mediante vigilância constante. A intervenção policial é então mobilizada como um meio de intimidação e de pressão: infligindo constrangimentos e afirmando a vulnerabilidade do indivíduo, o policial visa a afirmar a relação de força que é capaz de encetar a partir de sua superioridade, e não a proteger direitos fundamentais sob perigo de violação.

Nessa dinâmica, as mais tênues frações de conduta podem despertar a suspeita policial e solapa-se a possibilidade de defesa do cidadão contra as ordens policiais:

A vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada da sociedade opera de forma camuflada, impedindo que seja percebida em nível consciente, em toda a sua magnitude. Por isso, em nível consciente, as mesmas pessoas vulneráveis ao sistema penal (os setores carentes e os dissidentes incômodos), se por um lado não sentem temor diante do exercício de poder do sistema penal quando este aparece com sua máscara de repressão do “inimigo”, percebem como temível o exercício de poder dos órgãos do sistema penal controlando qualquer conduta realizada em lugar público ou privado (como abraçar outra pessoa, vestir-se de modo diferente, beber com amigos, caminhar na madrugada, passear com um cachorro, procurar um objeto sexual, recolher resíduos acumulados na via pública, sentar-se numa esquina ou num parte, usar cabelos compridos, raspar a cabeça, usar barba, fantasiar-se, tocar um instrumento ou cantar, expressar suas ideias ou discuti-las, peticionar à autoridade, etc.).

Praticamente, não existe conduta – nem mesmo as ações mais privadas – que não seja objeto de vigilância por parte dos órgãos do sistema penal ou daqueles que se valem de sua executividade para realizar ou reforçar seu controle, embora mostrem-se mais vulneráveis às ações realizadas em público, o que acentua a seletividade da vigilância em razão da divisão do espaço urbano que confere menores oportunidades de privacidade aos segmentos mais carentes. (ZAFFARONI, 2001, p. 22-23)

Assim, a repressão penal formal, direcionada aos inimigos declarados e estereotipados (“bandidos”), não aparece, para os segmentos vulneráveis da população, como uma ameaça real e temível. No entanto, a vigilância disciplinar e verticalizante exercida cotidianamente pelas agências policiais em face dos estratos sociais excluídos e débeis produz intimidação e temor difusos. Estabelece-se, nesse ensejo, uma desconfiança mútua. A polícia direciona o seu olhar aos estratos vulneráveis da população pela inafastável ótica da suspeição: não há conduta nem atitude que escape à vigilância e ao controle policiais. Na dúvida, os agentes devem, no mínimo, demonstrar a sua presença e afirmar ou reforçar o controle exercido. Em contrapartida, em função do discriminatório tratamento a elas dispensado, as próprias polícias são encaradas com desconfiança pelas camadas sociais excluídas.

O exercício desse poder configurador é conexo à consolidação do subsistema penal de polícia – ou, nos termos de Zaffaroni (2013), do sistema penal cautelar –, o qual opera antes do subsistema penal formal e lhe confere suporte, mas que neste não se exaure, pois é composto por uma ampla gama de medidas policiais que apresentam um propósito punitivo autônomo e esgotam-se em si mesmas. Nesse rumo, o exercício real do poder punitivo envolve sobretudo medidas policiais ancoradas nem mesmo em considerações de periculosidade pré-delitual ou pós-delitual, mas, antes, em considerações largamente arbitrárias das agências policiais sobre a *periculosidade da suspeita*. Com isso, justifica-se não só a vigilância e o controle constantes, típicas de uma ordem disciplinar, mas também medidas restritivas de liberdade que são justificadas como táticas de contenção ou de coerção direta, que, no entanto, não se opõem a práticas objetivamente danosas ou perigosas (agressões reais), mas a determinados tipos sociais

presumidamente suspeitos, o que permite concluir que “na América Latina todo *suspeito* é tratado como *inimigo*” (ZAFFARONI, 2013, p. 189).

Portanto, é importante notar que, à margem do sistema penal e processual formal, a praxe revela que os agentes policiais, incumbidos da preservação da ordem pública, põem em marcha cotidianamente inúmeros atos restrição de direitos que assumem natureza punitiva. Tais punições autonomamente empreendidas pelas polícias podem ser conceituadas como *infrapenalidades*. Trata-se, com efeito, de coerções que “quadriculam um espaço vazio deixado pelas leis” e respondem a comportamentos que escapam aos sistemas penais formais (FOUCAULT, 2013, p. 86). Tais infrapenalidade executadas autonomamente pelas polícias articulam processos repressores sutis que incidem sobre as mais tênues frações de conduta, as quais, levadas ao extremo, prendem o indivíduo a uma “universalidade punível-punidora”.

Uma vez admitida a prática de infrapenalidades à margem do sistema penal formal, torna-se passível de punição todo o “campo indefinido do não-conforme” (FOUCAULT, 2014), de modo que o exercício do poder punitivo se expande para muito além das condutas objetivamente tipificadas como infrações penais na legislação e passa a se dirigir a quaisquer atitudes, pessoas ou situações reputadas desviantes ou suspeitas com base na percepção do próprio policial-punidor.

Contudo, a despeito de sua função punitiva, a prática de tais infrapenalidades pode ser justificada pelos agentes que as executam como medidas processuais ou reparatórias/inibitórias, a fim de lhes conferir lastro de legalidade aparente. Forja-se a instrumentalidade de tais medidas ao exercício da persecução penal ou à proteção de bens jurídicos violados ou sob potencial violação, a fim de lhes obliterar a natureza punitiva. Por isso, coibir a prática das infrapenalidades exige o controle estrito da finalidade dos atos coercitivos praticados pelas agências estatais. Apenas a identificação, em cada caso, da instrumentalidade reparatória/inibitória/processual da coerção é que permite excluir sua natureza punitiva.

Assim, o subsistema estritamente penal, informado pelos princípios constitucionais e garantistas, é acompanhado pelo subsistema de polícia. Dada a reduzida eficácia das constrições jurídicas ao poder configurador, o edifício normativo do direito penal e processual penal e a atuação correlata das agências judiciais são mero golpe de cena: a praxe extralegal das polícias congrega um amplo campo de abusos e desvios praticados à margem da ordem jurídica (FERRAJOLI, p. 706-707). Uma dissonância se instaura então entre a aplicação do poder de definição, seleção e coerção largamente exercido pelas agências policiais e as normas e garantias direcionadas à atuação das agências judiciais. Com isso, deteriora-se a força normativa dos direitos fundamentais, em especial porque as agências policiais são protagonistas

da relação entre o aparato estatal e os indivíduos. Uma vez consolidado um padrão de atuação policial arbitrário, autoritário e discriminatório, torna-se distante a diretriz de maximização dos direitos fundamentais que caracteriza o Estado de Direito.

Portanto, o poder configurador é operacionalizado a partir de uma ampla esfera de discricionariedade concedida às agências policiais para o exercício de práticas coercitivas e punitivas. Em tal dinâmica, deve-se destacar a função desempenhada pela própria dogmática, bem pelas agências judiciais, as quais pouco se opõem ao exercício cotidiano desse poder, validando de modo virtualmente automático as intervenções de polícia ostensiva.

Em contrapartida, há que se notar então que a redução da arbitrariedade no poder de seleção, definição e coerção exercido pelas polícias passa necessariamente pelo escrutínio de suas práticas, procedimentos e objetivos, bem como pela reivindicação da incidência das garantias processuais já na fase policial da persecução penal. Os princípios e normas processuais devem limitar, condicionar e vincular o poder de coerção cotidianamente empreendido pelas polícias, antes mesmo da formalização em autos de inquérito ou de processo penal propriamente dito. Para tanto, o estudo jurídico-dogmático deve abandonar seus pressupostos meramente formais e ocupar-se também das praxes cotidianas das agências penais, com especial enfoque para os efeitos da (in)observância das normas processuais.

1.9. A regulamentação do poder policial pelo direito penal e processual penal: intervenção penal mínima e teoria negativa (agnóstica) da pena

Ao ser instrumentalizado de modo parcial, o discurso jurídico-penal serve meramente à legitimação do poder punitivo, mas não à sua racionalização e limitação: fornece um arsenal científico de conceitos que conferem justificação técnica ao exercício do poder punitivo, mas que se revela inócuo para racionalizar a seletividade decisória e a violação sistemática dos direitos humanos presente já na fase policial. Trata-se, pois, de um fator que contribui para a “eficácia invertida da dogmática penal”, a qual “encontra-se cognoscitivamente distanciada da realidade social, mas funcionalmente não” (ANDRADE, V., 2003, p. 303/304 e 174).

Essa lógica se traduz em uma subprodução de garantismo e segurança jurídica e em uma sobreprodução de legitimação e, paradoxalmente, de arbitrariedade e seletividade: a dogmática penal desempenha um papel funcional para a reprodução da violência institucionalizada. Quanto ao ponto, alerta Zaffaroni (2001, p. 13) que a violência se alastra enquanto a dogmática racionaliza cada vez menos o exercício do poder punitivo, em virtude do “esgotamento de seu arsenal de ficções gastas”. E, não por outra razão, observa Ferrajoli (2014,

p. 318) que “talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias”.

Forçoso repisar que a atividade policial não é secundária ou ancilar no âmbito do Estado de Direito, a fim de justificar tal hierarquia dos objetos dos estudos jurídicos. Além de definir em larga escala o objeto da incidência do sistema penal, as polícias imiscuem-se no cotidiano da vida urbana e determinam de modo decisivo o grau de fruição de direitos: as polícias selecionam quais indivíduos têm *direito aos direitos* (LIMA, Roberto, 1989). Portanto, uma especial brecha à expansão do Estado de Polícia sobre o Estado de Direito decorre da desregulamentação e do descontrole do poder policial:

A lei permite, deste modo, enormes esferas de exercício arbitrário do poder de sequestro e estigmatização, de inspeção, controle, buscas irregulares, etc., que se exercem cotidiana e amplamente, à margem de qualquer “legalidade” punitiva contemplada pelo discurso jurídico-penal. O saber penal só se ocupa da legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzidíssima parte da realidade (ZAFFARONI, 2001, p. 22)

Nesse passo, é forçoso enfatizar que, em função da inerente possibilidade do uso da força física, o poder policial tem a aptidão de ser autonomamente instrumentalizado para viabilizar punições em face de suspeitos e desviantes. O poder policial, portanto, pode apresentar, eventualmente, natureza penal. Por isso, deve ser regulado e controlado a partir da diretriz de minimização da violência institucional, a qual figura como princípio basilar do direito penal e do direito processual penal no Estado de Direito e dá forma aos princípios da intervenção penal mínima e da *nulla coatio sine lege*.

A esse respeito, cabe esclarecer, preliminarmente, que, na definição de Ferrajoli, o direito penal constitui “uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação” que se manifesta por meio de “coerções e restrições aos potenciais desviantes, àqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, àqueles condenados enquanto tais”. Por sua vez, o direito processual penal regula as formas e procedimentos de tais coerções e restrições por meio das quais a desviação é definida, individualizada e reprimida (FERRAJOLI, 2014, p. 197).

Visam as normas penais e processuais penais, portanto, à racionalização do poder estatal de coerção e punição ao comportamento desviante. Em última instância, almeja-se a minimização da violência institucional consubstanciada no exercício da coerção e da punição. Portanto, sob o Estado de Direito em sentido estrito, exige-se um modelo de intervenção penal

mínima⁴² integral, que requer não só o controle e a contenção da sanção penal propriamente dita, formalmente aplicada pelas agências judiciais, mas sim de todas as coerções e repressões produzidas pelas demais agências do sistema penal em seu esforço de prevenção e repressão aos desviantes, desde os condenados aos suspeitos.

Deveras, a minimização da violência em face do desviante exige a tutela dos direitos do condenado, do acusado e, mais genericamente, do suspeito, em face de intervenções arbitrárias/excessivas com base no imperativo geral de prevenção de crimes. Por outro lado, uma implementação meramente parcial dos princípios do Estado de Direito ao delimitado ato formal de aplicação da sanção penal ao fim do processo penal ao indivíduo formalmente condenado conduz à ineficácia do imperativo de redução da violência institucional⁴³. Assim, alerta Ferrajoli (2014, p. 705) que “podemos ter um processo penal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja sem vínculos legais”.

A possibilidade de controle amplo do poder punitivo estatal exige uma definição da sanção penal que abarque, portanto, não apenas a pena estritamente definida na própria legislação, mas também todos os atos coercitivos paralelos que possam apresentar uma função punitiva latente. Nesse passo, com suporte na teoria negativa ou agnóstica da pena, a sanção

⁴² Conforme esclarece Ferrajoli (2014), o modelo da intervenção penal mínima (ou, em outros termos, direito penal mínimo), assenta-se na convivência de dois parâmetros utilitários, voltada a garantir a minimização do exercício do poder punitivo estatal: ao lado do máximo bem-estar dos não-desviantes, propugna-se também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Na obra, o autor opõe tal modelo aos modelos de direito penal assentados na doutrina da defesa social, segundo a qual, pela pena, almeja-se à “eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito”, noção que está presente tanto na assim denominada “escola liberal clássica”, quanto na denominada “escola positiva” (BARATTA, 2011, p. 37). A esse respeito, cabe destacar que, a despeito da pretensão generalizadora, a noção de “defesa da sociedade” pressupõe, na verdade, uma oposição entre bons e maus e uma “guerra de raças” que legitima a supressão dos inimigos da sociedade, isto é, os perigos a elas externos e também internos, a partir da ideia de uma raça inferior que constitui um perigo e que precisa ser normalizada ou, em última instância, suprimida. Trata-se, portanto, de uma noção que se embasa em uma estrutura político-social que permite que alguns se defendam contra outros, que defendam a dominação de uns contra a luta e a revolta de outros ou, simplesmente, que alguns defendam a sua vitória e a sua superioridade e a perenizem mediante a sujeição dos inferiores (FOUCAULT, 2010). Nesse sentido, esclarece Ferrajoli (2014) que as justificações da doutrina da defesa social partem de um “utilitarismo partido ao meio”: considera apenas a máxima utilidade da maioria não atingida pela pena (não-desviantes), que não é codivisível com aqueles que são objeto da incidência do poder punitivo (desviantes). Ao assumir tal conformação, a defesa social propicia a neutralização dos direitos fundamentais: trata-se, com efeito, de um imperativo positivo, desprovido de condições ou de limitações, apto a amparar o exercício do arbítrio potestativo por parte do Estado em face daqueles indivíduos considerados ameaçadores ou perigosos. São justificações que não fornecem freios a tentações de autolegitimação autoritária, típicas do Estado de Polícia: servem à legitimação do poder punitivo, e nunca à sua deslegitimação.

⁴³ Ressalta Salo de Carvalho (2000, p. 2) que os dois momentos administrativizados do sistema penal brasileiro – o inquérito policial, a cargo das agências policiais, e a execução penal, a cargo das agências penitenciárias – são marcados por violações sistemáticas aos direitos fundamentais, o que impele à reivindicação pela aplicação das garantias penais e processuais a todas as fases do sistema penal. Assim, exige-se firme oposição às “tendências desregulamentadoras, desjudicializadoras e desformalizadoras de tendência disciplinar ou selvagem”.

penal pode ser definida, de modo negativo, como uma restrição/privação de direitos que não visa nem à reparação de um dano nem à neutralização de um dano atual ou perigo iminente:

a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. (ZAFFARONI, 2001, p. 99)

A sanção penal, portanto, em seu aspecto material (ôntico), é uma restrição/privação de direitos desprovida de funcionalização à reparação, à interrupção ou à inibição imediata de um dano ou perigo iminente. A função punitiva da coerção empreendida depende então do uso a ela atribuído em cada caso, pois “qualquer privação de liberdade anterior à sentença pode ter por objeto evitar a continuidade da lesão ou impedir um conflito maior, mas ela também pode ser utilizada como pena antecipada” (ZAFFARONI, 2001, p. 88). Assim, é a instrumentalidade da medida coercitiva que permite qualificá-la como reparatória, inibitória ou punitiva, e não propriamente a natureza, extensão ou duração da restrição/privação de direitos aplicada.

Quanto ao ponto, cumpre reconhecer ainda que, para viabilizar a imposição da sanção penal, exige-se a prévia submissão da pretensão punitiva ao devido processo penal, cujos procedimentos podem incluir, de sua parte, atos de restrição ou privação de direitos, sobretudo de natureza cautelar. Ainda que as medidas processuais visem, em última instância, a viabilizar a imposição da sanção penal, não são elas próprias orientadas à punição. Tais medidas restritivas/privativas de direitos impostas no curso da persecução penal devem ser dotadas de estrita instrumentalidade em relação à persecução penal, a fim de não adquirirem função punitiva (satisfativa) e com isso assumirem natureza penal⁴⁴.

Com efeito, a desfuncionalização de tais medidas à consecução das finalidades que justificam a sua execução no curso da persecução penal retira-lhes a instrumentalidade

⁴⁴ Tal dicotomia é especialmente presente no que toca à prisão cautelar. A prisão decretada em função de indícios de fuga iminente, ou em função de indícios de destruição da prova, é dotada de instrumentalidade processual: visa a garantir a atividade de certificação ou de execução do direito. A prisão decretada no curso do processo, mas sem instrumentalidade processual, amolda-se, por sua vez, ao conceito ôntico de pena. Neste trabalho, objetiva-se esclarecer que tal dicotomia também se apresenta em relação a outros atos processuais coativos menos gravosos do que a própria prisão, em particular no que toca à busca pessoal.

processual e, de modo negativo, revela a sua feição punitiva latente. Como consectário do princípio do devido processo legal, a fim de evitar que as medidas restritivas/privativas de direito praticadas no curso da persecução penal assumam caráter de punição autônoma (satisfativa), deve-se exigir delas a instrumentalidade estrita em relação ao processo.

Nesse passo, pode-se observar que o conceito negativo de sanção penal pode ser acrescido de mais uma instrumentalidade excludente: a sanção penal é uma restrição/privação de direitos desprovida de instrumentalidade em relação à reparação, à interrupção ou à inibição imediata de um dano ou perigo iminente e também desprovida de instrumentalidade em relação às pretensões almejadas por meio devido processo legal.

Por conseguinte, para se aplicar uma medida de coerção com potencial eficácia punitiva, devem ser exigidas regras e princípios similares àqueles exigidos para a imposição de uma pena, o que permite firmar não só o princípio *nulla poena sine lege*, mas, também, de modo mais amplo, o princípio *nulla coactio sine lege* (BRUZZONE, 2005, p. 248). O sistema teórico e normativo do direito penal e processual penal deve representar, então, uma técnica exclusiva e exaustiva do uso da força para fins de prevenção criminal. A possibilidade do emprego de alternativas, fugindo à estrita legalidade e à estrita jurisdicionalidade, torna inócuo o caráter garantista do sistema penal formal (FERRAJOLI, 2014, p. 704-706).

Em um modelo de minimização da violência institucional, devem ser contidos os atos de coerção e restrição à liberdade de indivíduos rotulados como suspeitos ou potenciais desviantes, os quais possuem função punitiva latente e são em geral deixados a cargo das polícias. Incluem-se aí então todas as “medidas de polícia”, ou seja, todas as

medidas de defesa e controle social diversas da “pena”, mas da mesma maneira restritivas da liberdade pessoal ou de outros direitos fundamentais, isto é, todo aquele amplo espectro de provimentos coercitivos e de potestades policiais erigidos em grande parte pela legislação liberal do século XVIII (FERRAJOLI, 2014, p. 710).

O imperativo de redução da violência institucional, norteador do direito penal mínimo, deve abarcar, pois, a pena e também as medidas coercitivas aplicadas em especial pelas polícias em face de suspeitos e acusados, mesmo quando movidas por propósitos preventivos e/ou cautelares. Por isso, também as coerções policiais, dotadas de função punitiva latente, devem ser reduzidas ao “espaço residual que resta para a intervenção punitiva dentro da política integral de proteção aos direitos, quando esta intervenção se considera inevitável para reagir perante gravíssimas violações de direitos fundamentais” (BARATTA, 1997, p. 69). Deveras, deve-se exigir a funcionalização à tutela dos direitos fundamentais por parte de toda intervenção

policial restritiva de liberdades, a qual se contrapõe ao decisionismo e ao arbítrio e propicia a controlabilidade e a contenção dos referidos atos.

1.10. O papel da dogmática jurídica em uma concepção liberal-pragmática do poder policial

Sob o Estado de Direito, a preservação da força normativa do texto constitucional exige a capacidade de reprodução constitucionalmente consistente do direito, em uma relação recíproca entre prática e teoria jurídicas. A inconsistência jurídica prática torna fragilizada a dogmática jurídica: se a prática jurídica é dominada por ilegalidades e inconstitucionalidades sistemáticas, interesses concretos e particulares de caráter extrajurídico passam a prevalecer em detrimento das exigências constitucionais e dos direitos fundamentais. Tais dissonâncias entre normatividade e efetividade tendem a potencializar a sobreposição dos direitos fundamentais pela potestade governamental, em um avanço do Estado de Polícia sobre o Estado de Direito. Ante tal cenário, há duas alternativas: ou a dogmática jurídica é construída de modo meramente reativo, “reproduzindo e contribuindo para a manutenção de uma prática jurídica inconsistente, aberta às pressões concretas de particularismos sociais diversos”, ou oferece um “aparato conceitual sólido para induzir transformações da prática jurídica” (NEVES, 2014, p. 190).

Tendo em mira tais alternativas, cumpre notar que a autoimagem da dogmática jurídica, atrelada às premissas do Estado de Direito e do correlato paradigma garantista, consiste na construção de um sistema de conceitos técnico-jurídicos que permitiriam interpretar a legislação e a garantir segurança jurídica, mediante a racionalização da aplicação judicial do poder coercitivo estatal, a ser tornado uniforme e previsível. Não obstante, conquanto os fundamentos e promessas da dogmática viabilizem a legitimação do exercício do poder, é permanentemente necessário aferir em que medida a dogmática jurídica de fato tem viabilizado práticas constitucionalmente consistentes, em atenção à função racionalizadora e garantidora declaradamente almejada no bojo do Estado de Direito (ANDRADE, V., 2003, p. 27).

Portanto, a superação da lógica reprodutora de legitimação do arbítrio, que deteriora o Estado de Direito e consolida a violência institucional, exige voltar as lentes da dogmática para a operacionalização real do poder coercitivo estatal e não apenas para sua programação normativa, a fim de submetê-lo a efetivo controle de validade. Para tanto, é imprescindível a interação entre a dogmática e as práticas jurídicas incidentes na realidade, mediante o diálogo interdisciplinar, a autocrítica e a problematização das próprias premissas dogmáticas (ANDRADE, V., 2003, p. 318), em atenção à conformação do poder em sua práxis cotidiana.

Nesse sentido, cumpre notar que, uma vez monopolizados pelos ideais de eficiência e disciplina, os debates relativos ao poder policial têm sido capitaneados pelas demandas institucionais das polícias por mais possibilidades de intervenção e menos restrições jurídicas ao poder de coerção, em detrimento da efetividade dos direitos fundamentais. Em tal contexto, propugna-se a ampliação dos meios de repressão e investigação, a partir do medo da violência e da criminalidade, mesmo sem suporte em dados concretos que evidenciem a necessidade e a adequação dos novos meios requeridos: antes mesmo que sejam aferidos os efeitos de um novo meio implementado, o medo da criminalidade e os desejos policiais impelem à implementação de outros meios de coerção, ensejando um acúmulo negativo de carência de informações. Compensa-se a ignorância sobre a criminalidade com o recrudescimento desenfreado da resposta penal (HASSEMER, 1994). Ao cabo, os direitos fundamentais são violados sem justificativas concretas, com base em uma retórica extrajurídica dotada de amplo apoio popular.

O cenário resultante, então, é marcado pela dissolução das diretrizes, vinculações e limites jurídicos impostos ao poder coercitivo e ao poder punitivo, sobretudo por meio de técnicas de neutralização dos direitos fundamentais. Propicia-se, em especial, o uso generalizado de medidas repressivas a título preventivo, de modo que a própria distinção entre prevenção e repressão tem se tornado nebulosa, ante o uso de mecanismos de persecução penal antes mesmo que haja a notícia de um delito a ser investigado (PEETERS, 2015)⁴⁵.

Abre-se espaço, então, para que o poder configurador seja exercido pelas agências policiais sem o devido controle das agências judiciais. De modo concreto e cotidiano, alastra-se a distribuição generalizada do *status* de suspeitos a indivíduos contra os quais não recaem indícios objetivos da prática de infração penal, mas que, uma vez sob encarados a pecha genérica de suspeitos, com base em critérios pouco transparentes e tendencialmente subjetivos, são submetidos a medidas restritivas de direitos cada vez mais gravosas e invasivas.

Viabilizam-se assim práticas generalizadas (desconcentradas) de devassa da privacidade e da liberdade dos indivíduos, as quais neutralizam por completo a presunção de inocência, já que não se exige nem mesmo a verificação de indícios para que sejam executadas. Ademais, tais práticas, exercidas sem balizas e muitas vezes sem registro formal, escapam ao

⁴⁵ Conforme observa Rik Peeters (2015), a “virada punitiva” (*punitive turn*) – iniciada por volta de 1970 nos Estados Unidos e espreada para o restante da sociedade ocidental, caracterizada pela expansão do encarceramento e das penas alternativas e pelo chamado populismo penal – é acompanhada de perto pela “virada preventiva” (*preventive turn*), que, embora de modo menos dramático e visível, transforma as estratégias de controle social e ameaça o Estado de Direito. Com a ascensão do previdenciarismo penal, a prevenção constitui a linguagem hegemônica do direito penal, assumindo papel central no que toca às finalidades da pena. Com isso, expressões explícitas de punitivismo, tendentes ao retribucionismo puro, são escassas (GARLAND, 2008, p. 113). Como consequência, por um “simples jogo de palavras”, intervenções substancialmente repressivas são denominadas preventivas e liberadas das constringências jurídicas do direito penal (FERRAJOLI, 2014, p. 705).

monitoramento e ao controle e naturalizam-se como medidas cotidianas e rotineiras (descontroladas) da interação entre as polícias e os indivíduos.

No contexto brasileiro, além dos casos mais graves de extermínio e tortura, inúmeras espécies de intervenções policiais coercitivas são exercidas cotidianamente e generalizadamente sem planejamento, sem monitoramento, sem controle e, ainda, sem qualquer racionalização jurídica. Conduções coercitivas à delegacia, abordagens truculentas, ameaças, buscas invasivas e vexatórias, entradas forçadas em domicílio e tomadas informais forçadas de depoimento são exemplos de atos que são exercidos desconcentrada e descontroladamente pelas polícias. Tais atos, não raro praticados escancaradamente no espaço público, visam a produzir intimidação e constrangimento e inserem-se em um padrão autoritário e disciplinar de atuação policial.

Pode-se dizer, então, que as polícias põem em prática uma série de infrapenalidades justificadas por um imperativo de prevenção geral e que se fundam em uma noção frouxa e vaga de suspeição, presumida em relação a determinados grupos e categorias sociais. Em tal contexto, os direitos fundamentais perdem oponibilidade em relação ao poderio policial, que se amplia desmesuradamente e sem resistência, em face de um adversário não propriamente identificado, mas meramente presumido.

Em tal contexto, naturalizado o uso desregulado e descontrolado do poder policial, os casos de abuso e de arbitrariedade são tratados como se fossem esparsos e excepcionais episódios de desvio funcional de alguns poucos policiais mal treinados ou não vocacionados para a profissão. Como resultado, propostas de reforma legal e institucional e de intensificação do controle da atividade policial são substituídas por demandas de responsabilização individual e punição dos policiais comprovadamente envolvidos em casos concretos de abuso que chegam ao conhecimento público. Como consequência, cotidianas violações de direitos são perpetradas pelo aparato policial e, apesar disso, as pulsões policiais pela ampliação de seus poderes encontram diminuta resistência, pois os direitos fundamentais figuram como elemento meramente decorativo do discurso dogmático e ocupam posição tímida na arena política.

Por isso, em contraposição, cumpre enfatizar que, para além de “gestos de discordância e advertência” (HASSEMER, 1994, p. 56), mostra-se necessário avaliar a fundo a conformidade dogmático-jurídica de tais medidas coercitivas, bem como sopesar os efeitos positivos e negativos por elas trazidos. Portanto, os alertas sobre o caráter antiliberal das técnicas policiais coercitivas devem ser acompanhados pela exigência de transparência quanto à sua execução e resultados, em especial a fim de avaliar a sua funcionalização concreta e a partir dela examinar a validade e a eficiência da atuação policial.

A proposta é, pois, a de assegurar direitos sem inviabilizar a investigação, mediante a *concentração* e o *controle* do poder policial (HASSEMER, 1996, p. 68). Quanto à *concentração*, deve-se opor ao uso generalizado de medidas coercitivas contra indivíduos contra os quais não pairam indícios⁴⁶ mínimos da prática de conduta delitiva, uma vez que, “quanto mais precisa a coerção em relação ao seu alvo, mais ela se torna tolerável, porque produz menos estragos normativos” (HASSEMER, 1994, p. 68). De outra parte, quanto ao *controle*, é imperativo tornar transparentes e participativas as ações e programas policiais, com mensuração de erros, acertos, utilidades e custos das medidas coercitivas implementadas, e, ao mesmo tempo, reforçar o seu escrutínio jurisdicional, mediante a autorização prévia ou a verificação posterior da validade do uso de técnicas coercitivas. Para tanto, são imprescindíveis o planejamento, o monitoramento e a fiscalização do exercício da coerção, o que propicia a produção de conhecimento e o controle sobre o poder policial.

Nesse passo, os argumentos tecidos a seguir se apoiam em uma concepção liberal e pragmática do exercício do poder policial, orientada pelo princípio da intervenção penal mínima (integral) e pelo correlato ideal de higidez dos direitos e liberdades fundamentais. Como consequência, é indispensável análise rigorosa da funcionalização e dos efeitos concretos das táticas empregadas pelas agências policiais, de modo que a criação e a ampliação dos meios coercitivos devem ser escrutinizadas pela perspectiva de sua validade e de sua eficiência, observados os seus êxitos, fracassos e efeitos colaterais conforme seus objetivos declarados.

⁴⁶ Hassemer (1994, p. 61 e 69) ressalta, no ponto, que a noção de *indício* “tradicionalmente serviu para legitimar transtornos na vida de pessoas inocentes, somente aceitáveis mediante pressupostos e balizas claros” e que “[n]osso Direito coercitivo já consagra este princípio da concentração da intervenção ao vincular a medida coercitiva à presença de indícios”.

2. A BUSCA PESSOAL COMO INSTRUMENTO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO: A ESTRATÉGIA DE SUSPEIÇÃO GENERALIZADA E O “PIOR DESEMPENHO POSSÍVEL”

Às vésperas das Olimpíadas de 2016, realizadas no município do Rio de Janeiro, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), divulgou pela *internet* um panfleto de prevenção ao terrorismo com o seguinte alerta: “Pessoas suspeitas: utilizam roupas, mochilas e bolsas destoantes das circunstâncias e do clima. Agem de forma estranha e demonstram intenso nervosismo. Comunique o fato ao agente de segurança mais próximo”⁴⁷. A mensagem é acompanhada pela imagem de um homem de punhos cerrados, com o rosto oculto sob o breu do capuz de uma jaqueta de couro. Logo após a publicação, sobrevieram inúmeras reações de ironia e estupefação ao alerta, encarado como um indício de amadorismo e despreparo da Agência poucos dias antes da abertura da competição internacional⁴⁸.

Contudo, a mensagem veiculada no panfleto da ABIN não discrepa da definição corriqueiramente utilizada pelos policiais brasileiros quando indagados sobre os critérios de seleção das pessoas que são abordadas e revistas no espaço público. Nesse contexto, com base em vagas definições de pessoas, atitudes e situações *suspeitas*, repetem-se “muitas operações de ‘batida policial’, rotineiramente realizadas pelas forças policiais, especialmente, em bairros ocupados por pessoas de baixo poder aquisitivo” (OLIVEIRA, A., 2014, p. 56).

A reflexão sobre a legalidade de tais intervenções, assim como qualquer tentativa submeter a atuação da polícia à racionalização jurídica, exige compreender inicialmente a sua prática cotidiana: sobre quem incidem, com que frequência são praticadas, quais são seus

⁴⁷ Disponível em: <https://www.facebook.com/abin.oficial/posts/1577535405875197:0> Acesso em 11/7/2016

⁴⁸ Cf. reportagem disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/07/11/abin-e-alvo-de-criticas-no-facebook-apos-post-sobre-suspeitos-de-terrorismo.htm> Acesso em 11/7/2016. Confiram-se alguns comentários publicados na rede social *Facebook*: “Se fossem mesmo de inteligência nem teriam postado essa besteira! Tenho um filho com transtorno de ansiedade, quando ele sai procura sempre roupas que o “protejam”, geralmente moleton com touca e sim ele parece sempre bem nervoso na rua, pq ele tem MEDO! Agora você vão promover uma caça as bruxas com quem não estiver vestido no padrão de quem estiver vendo? Estamos perdidos mesmo” (Andreia Lamaison); “Tenho o mesmo problema de seu filho, além de ser surdo e sempre usar bolsa ou mochila por não poder carregar coisas nas mãos (problema nos nervos dos punhos). Já fui confundido com nóia, com ladrão, com morador de rua, agora a ABIN quer que me confundam com terrorista?” (Marcelo Costa); “ABIN fazendo um EXCELENTE trabalho incentivando a histeria coletiva num país que não tem histórico de terrorismo, usando estereótipos ultrapassados que fariam rir quaisquer terroristas do ISIS ou da Al-Qaeda [...]. Já não basta sermos o país campeão da ‘paranoia’ e dos ‘enganos’, com PM atirando em gente que porta furadeira, macaco hidráulico, etc”. (Yardena Sheery); “Cuidado ao ver um homem vestindo paletó e se dirigindo ao Congresso Nacional, muitos parecem trabalhadores, mas não se engane com suas bolsas destoantes e intenso nervosismo” (João Marcelo Metz); “ABIN descrevendo a aparência de terrorista me faz imaginar que espécie de profissionais de Inteligência eles formam. Céus, que ingenuidade!” (Márcia de Andrade).

resultados, justificativas, finalidades. Para proceder a tal análise, recorre-se neste capítulo a dados e resultados obtidos a partir de pesquisas de caráter empírico realizadas em diversas Unidades da Federação brasileira, as quais permitem identificar traços comuns na prática da busca pessoal pelas polícias do país. Entre elas, destacam-se pesquisas de observação direta de abordagens, de entrevistas e grupos focais com policiais e cidadãos, de pesquisa documental de registros de controle da atividade policial e também de análise de processos penais em que a busca pessoal foi utilizada como meio de investigação. Paralelamente, também são examinados argumentos apresentados por autores vinculados às polícias em artigos científicos voltados a analisar a legalidade das práticas de abordagem policial. E, ainda, analisam-se documentos, dados e estatísticas divulgados pelo próprio aparato estatal a respeito da abordagem policial.

Com isso, objetiva-se evidenciar que a busca pessoal tem sido praticada pelas polícias brasileiras como um expediente de rotina do policiamento ostensivo, com base em uma noção muito pouco articulada de suspeição, que ampara sua incidência discriminatória e ineficiente. A busca pessoal funciona então como um seletivo instrumento de controle da circulação pública amparado em um recorte racial e social e orientado à intimidação de grupos e tipos sociais rotulados e estigmatizados como potencialmente criminosos – como suspeitos.

Nota-se que esse modelo, de um lado, rememora a própria criação do aparato policial no Brasil no começo do século XIX, marcada pela tentativa de conservar a organização social hierárquica e desigual decorrente do sistema escravocrata, a qual dava substrato a uma *estratégia de suspeição generalizada* a fim de cercear a presença de negros, escravos ou libertos, no espaço público urbano, sob a justificativa de prevenção criminal e ordenação dos fluxos urbanos (CHALHOUN, 1988). De outro lado, embora esse modo de execução da busca pessoal seja amplamente aceito e defendido pelas polícias, inexistem comprovações empíricas de sua eficácia, ao contrário do que comumente se argui. Em contraste, detecta-se sua incidência preponderante sobre inocentes, acompanhada pela ausência de nexo entre a quantidade de buscas e o aumento de prisões/redução de crimes. Não bastasse isso, a prática de buscas arbitrárias pode ensejar desconfiança quanto ao padrão de atuação policial, especialmente pelos grupos mais afetados, inclusive com o risco de se desencadear o chamado desvio secundário.

Nesse passo, pode-se classificar a busca pessoal no cenário nacional como no nível do “pior desempenho possível” da atuação policial. As diretrizes do Estado de Direito são cotidianamente desobedecidas por meio de práticas policiais coercitivas desreguladas e descontroladas, as quais não propiciam resultados concretos em termos de prevenção e repressão criminal e, ademais, trazem o risco de desencadear efeitos colaterais negativos.

2.1. Criação e atuação da polícia no Brasil do século XIX: a estratégia de suspeição generalizada

A chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, além de representar um marco de transformação da relação entre colônia e metrópole, constituiu o marco fundador da instituição policial no país. Criou-se a Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, incumbida da garantia da “ordem pública, vigilância da população, investigação de crimes e captura de criminosos”. Um ano depois, criou-se a Guarda Real de Polícia, a primeira força policial ostensiva do país, “subordinada à Intendência e encarregada de manter a ordem e perseguir criminosos” (GONÇALVES, 2014, p. 151) e que tinha como prioridade exercer “o controle da circulação da massa escrava” (CASARA, 2015, p. 228)⁴⁹.

Entre as principais atividades das polícias do período, inseriam-se as tarefas de “sufocar os agitadores republicanos, conter os capoeiras, disciplinar os escravos de ganho e normatizar o comportamento público” (MUNIZ, 1999, p. 54). Quanto ao contexto, Muniz (1999, p. 55) nota que havia à época uma “espécie de suspeita estruturante” que orientava a relação entre as polícias e a população, bem como a relação entre as polícias e as autoridades. Consolida-se o discurso de que falta disciplina à sociedade brasileira e aos seus meios de força, em uma visão negativa dos conflitos e a uma leitura repressiva dos expedientes de controle.

A atividade policial em si, contudo, era objeto de escassa regulamentação. Em tal período, no plano normativo, as Ordenações Filipinas (1603) refletiam a tentativa de fortalecimento do poder estatal – do poder real – em contraposição à justiça privada. Por outro lado, a legislação metropolitana visava ao controle interno das populações e respondia à necessidade de um direito especial para a organização do regime colonial (DUARTE, 1998).

Entretanto, arguia-se que a legislação metropolitana não atendia às demandas de ordem da colônia. Por isso, diante dos meandros, intervalos e silêncios da lei, as polícias coloniais punham em prática as suas próprias concepções de ordem e controle. Com isso, propiciou-se uma atuação policial repressiva e seletiva, amparada na composição escravagista, hierárquica e desigual da sociedade. Os símbolos do poder punitivo na sociedade colonial eram então “o pelourinho, o chicote, o tronco, os grilhões, a senzala etc, ou seja, técnicas punitivas que estavam ou passaram a ser associadas à escravidão e aos não europeus” (DUARTE, 1998, p. 209). Assim, para Holloway (1997), a polícia reproduzia a brutalidade e a violência da época.

⁴⁹ Antes da chegada da família real ao país, havia expedições policiais estruturadas militarmente, direcionadas ao controle das fronteiras e do tráfico de produtos e à atuação em guerras. A função de controle dos espaços públicos não aparecia, contudo, com a proeminência obtida a partir de 1808. Sobre o tema, ver TERRA, 2010.

Após a Independência, a regulamentação das Ordenações Filipinas – que eram consideradas “cruéis e despóticas” (GAZOTO, 2010, p. 129) – foi substituída pela Constituição (1824) e pelo Código Criminal (1830), ambos influenciados pelos princípios liberais. Apesar disso, sustentava-se que teria ocorrido um salto liberal desmesurado: teria ocorrido uma humanização excessiva das leis, inadequada diante da “criminalidade crescente”, razão pela qual seriam necessários “instrumentos de controle mais eficazes” (RAUTER, 2003, p. 21-22).

Nesse passo, a distância entre normatividade e efetividade, desde cedo, alimentou a disseminação de práticas institucionais violentas e autoritárias, que passaram a dar o tom da atuação das polícias no país. Compreendida a lei como obstáculo ou futilidade diante do imperativo de preservação da ordem e combate à criminalidade, os preconceitos, privilégios e hierarquias sociais foram sem dificuldade incorporados à burocracia estatal – e operavam, já então, como substrato da atuação das instituições de controle. Uma vez debilitado o valor da legalidade, o exercício do controle na sociedade escravocrata vinculou-se precipuamente aos imperativos de ordem desse período e foi marcado por uma concepção dualista de cidadania.

No ponto, cabe enfatizar que, no período, articulava-se de modo explícito, no plano normativo, uma cidadania cindida, não reconhecida aos escravos. Na Constituição de 1824, os escravos não eram considerados cidadãos e não gozavam da plenitude dos direitos políticos (art. 6º). No entanto, eram considerados como pessoas quando acusados de delitos. Vale notar, eram invisíveis perante o Estado na posição de sujeitos de direitos, mas, uma vez encarados sob a ótica da suspeição, tornavam-se visíveis e puníveis. Nesse ensejo, apunha-se o rótulo da suspeita sobre os negros, escravos e libertos, o que justificava negar-lhes a liberdade e a tutela estatal em virtude do perigo e da desconfiança que evocavam.

Essa suspeição construída *a priori* sobre a população negra produziu efeitos marcantes sobre o controle policial da circulação pública nos espaços urbanos. Com efeito, a pouco nítida distinção entre pretos e pardos escravos ou livres e entre trabalhadores cativos ou assalariados implicava que a mera presença do negro no espaço público era um elemento de suspeição e, por conseguinte, um fundamento para a repressão. Portanto, “o meio urbano escondia cada vez mais a condição social dos negros, dificultando a distinção entre escravos, libertos e pretos livres”: a cidade que libertava era a mesma que escondia, e “a cidade que escondia ensejava aos poucos a construção da cidade que desconfiava, que para desconfiar transformava todos os negros em suspeitos” (CHALHOUB, 1988, p. 91). Como consequência, o controle policial no espaço público se apoiava em uma “estratégia de suspeição generalizada” contra a população negra.

Após a abolição da escravidão (1888), por sua vez, a demanda de ordenação social e de vigilância e repressão, embora já nitidamente presente desde o fim do tráfico negreiro, foi

especialmente intensificada. Assim, curiosamente, com a proclamação da República (1889), primeiro elabora-se o Código Penal (1890) e, só depois, a Constituição (1891), a qual inaugura ainda a possibilidade de edição de códigos de processo estaduais, em contraposição à tendência centralizadora da Constituição de 1824, na tentativa de conferir maiores poderes às autoridades locais para o controle da ordem pública.

Nesse passo, incrementou-se o emprego de meios penais para o controle social a fim de assegurar a ordem vigente, o que deu ensejo a uma tendência crescente da atividade policial na virada do século XIX para o século XX (FAUSTO, 1984). No novo regime, libertos e imigrantes ocupavam o papel de suspeitos cuja cidadania devia ser restrita e delimitada pelo imperativo de ordem e em face dos quais devia ser prioritariamente exercido o controle penal. O poder de repressão passou então a ser fortemente articulado a um discurso jurídico tendente à legitimação e à justificação da repressão orientada à preservação da ordem e ao controle de todos os desvios que pudessem se manifestar entre os grupos sociais subalternos.

Portanto, após a abolição, o temor do desmantelamento das relações hierárquicas características do regime escravocrata deu ensejo à difusão da ideia de que os africanos seriam introdutores de “graves prejuízos à moral e à segurança da sociedade”, o que justificaria a sua submissão a “constante vigilância policial” (RODRIGUES, 2000, p. 78-79 e 127). O fim da escravidão não deveria permitir que os negros deixassem de estar “sob permanente coação”, sobretudo pela repressão à vadiagem e à mendicância (AZEVEDO, C., 1987, p. 222). Então,

para a polícia militar do século XXI em especial, a idéia pouco articulada de suspeição repousa sobre um conjunto descritivo que acena para fatores considerados de risco e consequentemente fatores que indicam periculosidade - suspeição. Em outras palavras, a suspeita é fundada na incerteza sobre determinada pessoa e na expectativa da ilegalidade sobre a mesma, associada a localidades de perigo e horários de pouca movimentação. (TERRA, 2010, p. 78)

A esse respeito, cumpre destacar que, na virada do século XIX para o século XX, é marcante a discrepância entre o número de pessoas presas pelas polícias e o número de pessoas efetivamente processadas (em face das quais se instaurou inquérito policial), o que indica que as intervenções policiais – notadamente por meio das chamadas prisões para averiguação e de prisões pela prática de contravenções – eram utilizadas como um mecanismo cotidiano de controle social (FAUSTO, 1984), por meio do constrangimento e da intimidação aos desviantes, ainda que não houvesse crimes reais a serem apurados.

Nesse cenário, é interessante notar que o aumento da truculência e da violência contra os negros era justificado por um discurso “em nome da higiene, da moral e dos bons costumes,

do progresso e da civilização” (CHALHOUB, 1988, p. 104). Sobrevieram reformas urbanas que visavam a “civilizar” os espaços públicos⁵⁰: ao mesmo tempo em que há uma tendência crescente da atividade policial, disseminam-se rígidas posturas e códigos de conduta voltados a “manter a ordem” e a “civildade urbana”.

Nessa dinâmica, como plano de fundo para o incremento da violência institucional contra a população negra, havia a pretensão de tornar os fluxos urbanos codificados e previsíveis, o que justificava normatizar em detalhe “os movimentos permitidos aos escravos e ‘pessoas de suspeita’” (CHALHOUB, 1988, p. 91)⁵¹. A preservação da ordem e a tutela da segurança foram erigidas como valores adequados para suprir o vácuo deixado pela abolição do sistema escravista, garantindo um grau mínimo de conservação da ordem e perenidade das instituições desiguais da sociedade escravocrata.

Em tal contexto, com o advento da Constituição de 1891, a edição de códigos de processo penal estaduais (mantida a competência da União para a edição de leis referentes ao direito penal material) facilitou o endurecimento do controle local sobre os indivíduos entendidos como perigosos à preservação da ordem nos espaços públicos urbanos. Consolidou-se uma estrutura preventiva de controle social sustentada a partir das noções de periculosidade e suspeita, à qual a legislação penal e processual penal serviu de suporte, respondendo à estrita preocupação das polícias com a “ordem pública, aparentemente ameaçada por infratores das normas do trabalho, do bem viver, ou simplesmente pela indefinida figura dos ‘suspeitos’” (FAUSTO, 1984, p. 33).

Com efeito, não apenas as intervenções policiais revelam tal prioridade – diante do elevado número de prisões para averiguação já referido –, mas também os próprios tipos penais incorporam em si tal objetivo, direcionando-se não à punição de condutas concretas danosas, mas de determinadas condições e estados pessoais interpretados como perigosos e inapropriados nos espaços públicos, os quais são também utilizados na legislação processual como fundamentos para tratamento mais rigoroso do indiciado.

⁵⁰ É ilustrativo o processo de reforma urbana empreendido no Rio de Janeiro de 1903 a 1906 pelo então prefeito Pereira Passos, com inspiração na reforma empreendida em Paris pelo Barão de Haussmann (1853-1870). Essa reforma foi marcada por um ideário disciplinar do uso dos espaços públicos (AZEVEDO, A., 2003).

⁵¹ No particular, destaca Chalhoub (1988, p. 91): “[A]ntes de adotarem decididamente a estratégia da suspeição generalizada, os administradores da cidade tentaram evitar de todas as formas que ela se transformasse num esconderijo. Temos então os códigos da cidade idealizada. O código de posturas de 1830 proibia que os donos de casas de negócio consentissem na presença “em suas portas (de) pessoas cativas sentadas, ou a jogarem, ou paradas por mais tempo do que o necessário para a fazerem as compras”. O código de posturas de 1838, mais rigoroso e detalhado em relação aos movimentos permitidos aos escravos e “pessoas de suspeita” – e encontramos aqui, novamente, o temor provocado pelo levante dos africanos na Bahia em 1835 –, recomenda aos donos das tavernas que não permitam o “ajustamento de mais de quatro escravos””.

No ponto, destaca-se a tipificação da vadiagem e da mendicância como infrações penais, tanto no Código Criminal do Império (1830)⁵², quanto no Código Penal de 1890⁵³, o qual criminaliza, ainda, a capoeira e a greve⁵⁴. Por outro lado, quanto à legislação processual, destaca-se do Código de Processo Criminal do Império (1832) a exigência dos termos de bem viver dos vadios, mendigos, ébrios habituais, prostitutas, entre outros, e dos termos de segurança dos “legalmente suspeitos da pretensão de cometer algum crime”⁵⁵. Após o advento da Constituição de 1891, a vadiagem remanesceu referida nos códigos de processo estaduais editados no curso da Primeira República como fundamento central para o endurecimento do tratamento do indiciado/acusado, dela decorrendo a impossibilidade de o réu livrar-se solto, e, em alguns deles, a inafiançabilidade e a prisão preventiva⁵⁶.

A partir desse conjunto normativo, viabiliza-se a mobilização da repressão a partir da manipulação das noções de suspeição e periculosidade e atrela-se diretamente à coibição de certos estados ou condições materiais de determinados indivíduos tidos como elementos de desordem no espaço público. Ao tentar identificar vadios, mendigos ou mesmo indivíduos “presumidamente perigosos” ou “suspeitos da pretensão de cometer algum crime” no espaço urbano, a polícia tenciona preservar a ordem pela repressão antecipada aos presumidamente suspeitos, mesmo sem indício de atos concretamente criminosos, perigosos ou lesivos.

Essa política viabilizou, sobretudo, a repressão sistemática da população negra ao longo do século XIX, a despeito das alterações legislativas e institucionais empreendidas. Deveras, os tipos penais acima referidos relacionavam-se aos estados e condições de escravos e libertos nos espaços urbanos: “perseguir capoeiras, demolir cortiços, reprimir a vadiagem – o que geralmente equivalia a amputar opções indesejáveis de sobrevivência –, era desferir golpes deliberados contra a cidade negra” (CHALHOUB, 1988, p. 105).

Pode-se dizer que se tem “uma sociedade dividida racialmente a ponto de a justiça ser administrada de acordo com a cor da pele de cada um (além da riqueza particular), isto é, em termos desiguais” (AZEVEDO, C., 1987, p. 245). Nessa trilha, a violência senhorial perpetrada no regime escravista foi seguida pelo incremento do controle policesco da negritude no espaço urbano, notadamente por meio da cotidiana detenção de suspeitos e vadios pela polícia,

⁵² Artigos 295 e 296.

⁵³ Artigos 391 a 394 e 399.

⁵⁴ Artigos 402 e 206.

⁵⁵ Artigos 12, §§ 2º e 3º e 121 a 130 do Código de Processo Criminal do Império (1832).

⁵⁶ Deveras, durante a Primeira República, alguns Estados editaram seus próprios códigos de processo, sem distinções substanciais entre si e em relação ao próprio Código do Império. Rio de Janeiro (Decreto 16.751./24), Rio Grande do Sul (Lei 24/98), Rio Grande do Norte (Lei 449/18), Minas Gerais (Decreto n. 7.259/26), Bahia, Paraíba (Decreto 285/32), Espírito Santo (Decreto 1.891/14), Amazonas (Lei n. 334/01), Sergipe (Lei 753/18). Cf. SILVA, Júlio (2013).

cujo registro servia então à paulatina construção de uma identidade criminosa aposta aos indivíduos reiteradamente capturados pelo poder policial (CUNHA, 2002).

Nesse passo, é importante notar que o aparato policial não se desenvolve, no país, em oposição ao controle social privado, tal como aventa Garland (2008) ao estudar a história do controle penal na Inglaterra e nos Estados Unidos. Ao contrário, o controle por parte das agências policiais estatais se desenvolveu como um prolongamento do controle senhorial e continuou a incidir, sobretudo, em face de escravos e ex-escravos, enxergados pelo aparato policial a partir do signo inafastável da suspeição.

O resgate de tal panorama permite refletir, então, sobre a racialização do sistema penal não apenas em um sentido estrito (em que a raça opera como um conceito subsidiário em relação à seletividade/vulnerabilidade que marcam a incidência do poder punitivo), mas, também, em um sentido lato, relacionado à “forma como sistemas penais foram historicamente concebidos como ‘reguladores’ e constituidores das ‘diferenças raciais’” (DUARTE; QUEIROZ; COSTA, 2016, p. 22). Desvela-se, pois, que a raça não é simplesmente um elemento externo ao funcionamento do sistema penal, pois este não pode operar sem a racialização: ele próprio se insere em um modelo de controle social que reforça e perpetua os “sentidos sobre o ser negro no projeto colonial da Modernidade” (DUARTE; QUEIROZ; COSTA, 2016, p. 27)

Os nascentes mecanismos de controle penal não podem então ser compreendidos sem visualizar, em sua origem histórica, a preocupação com a desagregação da ordem escravista e a sua relação com a repressão das populações não-brancas. Tratou-se, deveras, de um processo contraditório, que, “enquanto se direcionava para o futuro, apontava para o passado” (DUARTE, 1998, p. 230-231).⁵⁷ Detecta-se então uma retórica penal liberal e calcada na igualdade, que convivia, porém, com normas abertamente desiguais ou que garantiam uma desigualdade real, ao mesmo tempo em que há enormes espaços de não regulamentação das técnicas de controle social, permitindo práticas frontalmente contrárias àquela retórica.

Em tal contexto, para viabilizar o controle policial, de um lado, conferiam-se amplas potestades às polícias e, de outro, atribuía-se prioridade ao imperativo de preservação da ordem pública, que se sobrepunha aos demais princípios liberais, silenciados pela expectativa de

⁵⁷ Assim “uma das suas importantes contradições será a adoção de um arcabouço jurídico nacional que deveria conviver com necessidades locais e regionais. Tal contradição, como se verá a seguir na consideração de alguns diplomas jurídicos, era resolvida no sentido de permitir maior liberdade para as autoridades locais e permanência de técnicas de controle que se opunham aos modelos jurídicos racionais, no sentido de não receberem uma fundamentação racional. Ou seja, tais instrumentos utilizados nos espaços regionais e locais não tinham sua legitimidade dada pela aceitação social de um discurso que se constituísse a partir dos espaços sociais públicos, como as academias de Direito. Entretanto, são tais características que permitiriam a criminalização preferencial das populações não-brancas e a constituição de um arcabouço jurídico que, embora fosse formalmente igualitário, reprisava as distinções presentes no período escravista entre negros e brancos” (DUARTE, 1999, p. 231).

obediência passiva perante a autoridade. É marcante o fato de que, já então, a dogmática penal se retraía a fim de deixar um amplo espaço de discricionariedade às polícias, pois

o próprio estatuto penal deixava fora de seu alcance os crimes militares (art. 308, parágrafo 2o) e, sobretudo, o que mais nos interessa, os crimes “contra a polícia e economia particular das povoações”, os quais eram punidos conforme as posturas municipais (art. 308, parágrafo 4o) ou as “posturas policiais”, segundo denominava a Constituição (art. 169). [...] tais normas municipais, como se verá nos próximos itens, representaram um alargamento da forma de atuação do controle social, dentro daquilo que se denominou de “feitorização da cidade”, em que, a polícia urbana foi investida de novos papéis. Ou seja, ainda quando, em fins do século passado, se assiste a uma tentativa de profissionalização da magistratura, permanecerá esse espaço de atuação dos órgãos locais enquanto espaço de ilegalidade consentida ou de uma legalidade de segundo nível, que combinava funções punitivas legais e extra-legais. (DUARTE, 1998, p. 235)

Diante desse contexto, torna-se evidente que a efetivação dos direitos civis da população negra era obstaculizada pela manipulação potestativa da noção de suspeição como um fundamento para o exercício descontrolado da coerção policial. Nesse período, a negritude, indício da não-cidadania no período imperial, intensifica-se como um signo da suspeição após a abolição da escravidão, o qual confere então suporte à violação sistemática dos direitos de ampla parcela da população e subsidia a implementação de uma política disciplinar e repressiva de controle nos espaços urbanos.

Apresentado tal panorama, objetiva-se então demonstrar a seguir que, mesmo após o advento da CF/88, a prática atual da busca pessoal pelas polícias brasileiras continua a se estruturar a partir de uma estratégia de suspeição generalizada, a qual resulta em coerções sistemáticas em face da presença de jovens negros nos espaços públicos, ainda encarada por si só como sinal de suspeita e, portanto, como fundamento suficiente para a coerção policial.

2.2. A busca pessoal como expediente de rotina do policiamento ostensivo: desconcentração da coerção e fragilização da suspeita

As “abordagens policiais”, em sentido amplo, constituem situações diversas e variadas de encontro entre polícia e cidadãos, não necessariamente relacionadas ao contexto criminal. Em sentido estrito, na acepção mais corriqueira da expressão, entende-se “abordagem policial” como o encontro entre o policial e o transeunte, travado por iniciativa do policial (proativa) e caracterizado pela emanção de uma ordem policial de parada ao transeunte e pela prática da revista (busca pessoal) do abordado.

Em pesquisa conduzida na cidade do Rio de Janeiro, Silvia Ramos e Leonarda Musumeci (2005) destacam que há três tipos de abordagem policial (em sentido amplo) realizadas com maior frequência: abordagem a veículo automotor particular (*blitz*), abordagem de transeuntes a pé na rua pública (abordagem policial em sentido estrito) e abordagem a meios de transporte coletivo, como ônibus e trens (abordagem coletiva, “arrastão”, “pente-fino”).

Na pesquisa, constatou-se que, em 76,8% das abordagens policiais a transeuntes (abordagens policiais em sentido estrito), foi realizada a revista do abordado (nas abordagens de veículos particulares e coletivos o percentual foi bem menor: 19,1% e 48,9%, respectivamente). Esse alto percentual, superior a 3/4, indica que “a revista constitui o *objetivo principal* desse tipo de intervenção da polícia”, qual seja, da abordagem a transeuntes nas ruas públicas (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 112-113).

Nesse rumo, aduz-se que, “no caso da abordagem policial, o objeto refere-se à revista para busca e apreensão” (BONI, 2006, p. 661)⁵⁸. Evanira da Costa⁵⁹ (2013, p. 42) explica:

Durante as abordagens, os policiais militares aproximam-se de pessoas ou veículos, em caso de fundada suspeita, para manter contato verbal, interpelar, realizar a inspeção no corpo, nas vestes, nos veículos, nos pertences pessoais, realizando revista de tudo que estiver dentro da esfera de custódia do suspeito.

Assim, a própria conceituação de abordagem policial frequentemente contém a prática da busca pessoal, de modo que há uma confusão conceitual entre as expressões, frequentemente usadas de modo intercambiável⁶⁰. No ponto, Airton Edno Ribeiro⁶¹ (2009, p. 14) destaca que *abordagem policial* “é a forma coloquial de nomear a figura jurídica da busca pessoal”.

Conforme se esclarecerá mais pormenorizadamente no capítulo 3, o permissivo legal para a execução da busca pessoal pelo próprio policial, independentemente de mandado prévio, consta do art. 244 do CPP, cuja redação é a seguinte:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de

⁵⁸ À época da elaboração da obra citada, Boni era oficial da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (PMES). (Neste trabalho, serão citados alguns autores que identificam em suas obras a sua vinculação profissional com as polícias militares. Tal informação será reproduzida, neste texto, em nota de rodapé).

⁵⁹ À época da elaboração da obra citada, Costa era praça da Polícia Militar do Estado da Bahia (PMBA).

⁶⁰ Exemplificativamente: “Dessa forma, cabe ao aplicador da Lei, em especial o policial militar, usar de sua experiência profissional para avaliar toda a situação, optando pelo melhor momento de efetuar a *abordagem policial*, bem como quais cidadãos irão ser submetidos à *busca pessoal*” (LIMA, E., 2011, p. 24).

⁶¹ À época da elaboração da obra citada, Ribeiro era oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP).

objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.⁶²

De acordo com esse dispositivo legal, a busca pessoal pode ser praticada como medida incidental à prisão e à busca domiciliar. Como medida autônoma, a busca pessoal constitui então um meio de obtenção de prova que depende da existência de “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

Contudo, no atual cenário nacional, a busca pessoal não se limita a um meio de obtenção de prova, tal como formatado pelo art. 244 do CPP. Deveras, contemporaneamente, entre as polícias, é disseminada a concepção de que a busca pessoal constitui ato essencial à preservação da ordem pública e à prevenção da criminalidade (PINC, 2007; ASSIS, 2007), de modo que “exsurge a busca pessoal, no cotidiano, como um dos mais eficazes instrumentos de trabalho da polícia” (NASSARO, 2003, p. 13)⁶³. A partir dessa perspectiva, a busca pessoal seria amparada no poder de polícia e poderia assumir caráter preventivo ou repressivo:

No caso da abordagem policial, o objeto refere-se à revista para busca e apreensão de armas ou objetos de corpo de delito visando à instrução das relações jurídicas, bem como de pessoas que estejam na iminência ou cometeram ilícitos ou atos que alterem a ordem pública, e até mesmo para a própria prevenção ou repressão dos atos ilícitos ou anti-sociais. [...].

As abordagens policiais são os instrumentos respaldados no poder de polícia, e utilizados preventivamente e repressivamente pelos integrantes das polícias militares para o cumprimento da missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública. O princípio basilar do regime jurídico administrativo-processual da supremacia do interesse público sobre o privado respalda esta intervenção direta quando o interesse privado vai de encontro ao interesse público, permitindo a realização de uma abordagem preventiva ou repressiva. (BONI, 2006, p. 661).

Defende-se então que a busca pessoal seria “um dos principais instrumentos da polícia de segurança, que tem por impulso o regular exercício do denominado *poder de polícia*, objetivando a prevenção e não propriamente a descoberta e apreensão de algo” (NASSARO, 2003, p. 22). Por esse viés, a busca pessoal se inseriria na atividade de polícia ostensiva atribuída às polícias militares e poderia ser realizada em caráter preventivo ou profilático, como um meio de intimidação, conforme defende Nelton Henrique Monteiro Ledur⁶⁴:

A polícia militar em razão de sua missão constitucional de preservar a ordem pública, exercendo para isso o monopólio da polícia ostensiva, desenvolve atividade de polícia

⁶² Há também permissivo legal para a prática da busca pessoal no Código de Processo Penal Militar (CPPM), nos arts. 180 a 182. Contudo, possui aplicação limitada à suspeita da prática de infrações penais militares, tema dotado de particularidade que foge ao objeto deste trabalho, razão pela qual não será objeto de análise pormenorizada.

⁶³ À época da elaboração das obras citadas, Adilson Franco Nassaro ocupava o posto de Major da PMESP.

⁶⁴ À época da elaboração da obra citada, Ledur era oficial da Brigada Militar do Rio Grande do Sul (BMRS).

administrativa e de polícia de segurança. Na primeira atividade, utiliza como instrumento de trabalho o Direito Administrativo e, na segunda, o Direito Processual Penal. Assim, está legitimada a sua ação sempre que, visando preservar a tranquilidade pública, aborda pessoa que em razão de sua atitude suspeita faz presumir ser um perigo à sociedade, devendo a polícia intervir para esclarecer a sua situação ou intimidá-la através da ação profilática. (LEDUR, 1999, p. 42)

Essa compreensão da busca pessoal como uma medida de polícia ostensiva-preventiva é disseminada e frequentemente acompanhada pelo incentivo à prática da busca pessoal em larga escala, como um mecanismo de visibilização da presença policial e intimidação de possíveis criminosos. Por essa perspectiva, a busca pessoal seria não só um entre vários mecanismos de policiamento ostensivo, mas, para além disso, constituiria uma “figura emblemática da atuação proativa” (AMARAL NETO, 2009, p. 41)⁶⁵:

A busca pessoal representa a preponderância do interesse público de segurança pública em face dos direitos individuais. Nessa ação, o policial militar personifica em si a figura do Estado, protegendo a sociedade e atuando para evitar que o crime ocorra. É o guardião dos direitos coletivos e deve agir sempre se antecipando à ação delitiva. Agindo assim é possível constatar a prática de algum ilícito penal, efetuar a apreensão de uma arma, capturar um foragido da justiça, ou ainda, por meio da simples ação de presença, inibir a conduta criminosa.
O objetivo almejado é a paz social, e ela há de ser alcançada.

Nesse sentido, argumenta-se que “[a]s abordagens policiais são práticas respaldadas pelo poder de polícia, e utilizadas preventiva e repressivamente para o cumprimento e desenvolvimento da missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública” (QUEIRÓZ, 2014, p. 1). Assim, Tania Pinc⁶⁶ (2007, p. 7) observa que “a abordagem policial é necessária para manter a ordem pública e controlar o crime” e configura um dos momentos mais comuns da interface entre polícia e público. A partir de uma analogia, em entrevista, Marcelo Prado⁶⁷ (2011) sintetiza, então: “o gol é o grande momento do futebol e a abordagem é o grande momento do policiamento ostensivo-preventivo”.

De acordo com essa concepção corrente, a busca pessoal é executada como procedimento padrão e como uma medida de rotina expressiva da própria natureza ostensivo-preventiva da polícia militar⁶⁸. Essa orientação redundante em uma fragilização dos critérios de suspeição ou, no limite, até mesmo no total abandono da “suspeita” como fundamento para a

⁶⁵ À época da elaboração da obra citada, Amaral Neto ocupava o posto de Capitão da PMESP.

⁶⁶ À época da elaboração da obra citada, Tania Pinc ocupava o posto de 1ª Tenente da PMESP.

⁶⁷ À época da entrevista citada, Marcelo Prado ocupava o posto de Tenente Coronel da PMESP.

⁶⁸ Em manual de práticas policiais, é possível encontrar a definição da busca pessoal como uma “uma atividade policial rotineira” de “conteúdo discricionário” (PMMG, 2002, p. 69).

revista. Assim, apesar de apresentar natureza coercitiva e restritiva de direitos, a busca pessoal se transforma em ato de rotina essencial voltado a reforçar a ostensividade policial.

2.2.1. A desconcentração

A compreensão da busca pessoal como um expediente de rotina do policiamento ostensivo se reflete nas práticas cotidianas de várias corporações policiais do país. Mediante aplicação de questionários a moradores entre 15 e 65 anos na cidade do Rio de Janeiro, Silvia Ramos e Leonarda Musumeci (2005) constataram que 37,8% dos entrevistados já haviam sido parados alguma vez pela polícia. Por outro lado, ao entrevistar jovens e policiais, as autoras identificaram que a realização em larga escala de abordagens policiais é considerada importante pelos policiais e pelos cidadãos para infundir uma “sensação de segurança” na população⁶⁹. Um dos policiais ressalta: o “mais importante é que a polícia esteja presente nas ruas, abordando, revistando, que ela esteja incomodando” (2005, p. 27). A ação de abordar e revistar é compreendida como um expediente de rotina do policiamento ordinário, por meio do qual a polícia visa a se mostrar visível e presente.

Nesse mesmo rumo, a partir de pesquisa etnográfica feita em Salvador (BA) a partir de entrevistas e observação participante no âmbito da Polícia Militar do Estado da Bahia (PMBA), Evanira Costa (2013, p. 41) identifica uma realidade semelhante e pontua que “as operações de abordagem aparecem como a principal estratégia de policiamento adotada pelos Comandos Regionais, para o enfrentamento ao crime”.

A esse respeito, Eduardo Cerqueira Batitucci, Letícia Godinho de Souza e Rosânia Rodrigues de Sousa (2014, p. 14), a partir de entrevistas com policiais militares da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (PMMG), observaram que a abordagem foi considerada por todos os policiais entrevistados “como extremamente importante, fundamental para o trabalho policial e um componente indissociável do seu conteúdo profissional e discricionário. Da mesma forma, todos reconhecem na prática de abordagem, uma atividade cotidiana do trabalho

⁶⁹ No âmbito da PMERJ, foram entrevistados 18 (dezoito) policiais militares entre novembro e dezembro de 2002. Os policiais foram unânimes em argumentar que os cidadãos gostam de ver os outros, mas não eles próprios, sendo abordados pela polícia. De fato, os resultados da pesquisa quantitativa feita pelas autoras indicam que a maior parte da população apoia a prática de *blitzes* (72%) e reconhecem sua importância para a prevenção da criminalidade e para a sensação de segurança (60%), mas também a maioria (88%) não ressaltou nenhum aspecto negativo em experiências diretas de abordagem policial.

As autoras identificaram também que, afora a gratidão dos abordados, os policiais ressaltaram que o cumprimento de funções policiais, como prisões e apreensões, é o aspecto mais positivo da abordagem para o policial. Assim, efetuar um flagrante seria o ápice da atuação de um policial. (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 52).

operacional”. Os policiais defenderam então que “o policial operacional deve ter autonomia e discricionariedade para proceder à abordagem” (2014, p. 15).

Não em outro sentido, Elcimar Lima⁷⁰ (2011, p. 44), mediante entrevistas a integrantes da Polícia Militar do Estado do Pará (PMPA) atuantes em Belém (PA), também diagnostica o uso rotineiro da busca pessoal nessa corporação:

Diante da rotina diária de abordagens que vêm sendo realizadas e veiculadas na imprensa e sendo utilizadas pela Polícia Militar [do Pará], a exemplo da “Operação Força pela Paz”, que, de 2007 a 2010, foi realizada quatro vezes, cada uma delas com período de duração que vão de alguns dias até mais de mês. Na citada operação e no cotidiano ostensivo das ruas, a busca pessoal é realizada como forma preventiva de manutenção da ordem pública e de verificação de identidade civil de pessoas suspeitas de estar cometendo ou prestes a cometer algum ilícito. (LIMA, E., 2011, p. 30)

Elcimar Lima nota que os comandantes da PMPA incentivam e determinam a realização de buscas pessoais “sempre que os policiais perceberem qualquer ‘atitude suspeita’ por parte dos transeuntes ou dos grupos que se aglomeram nas esquinas ou próximo aos locais ermos ou mesmo a duplas que se deslocam em bicicletas ou motocicletas” (2011, p. 27-28). Assim, os policiais são avaliados pela quantidade de buscas pessoais que efetuam: “por sair ‘abordando a torto e a direito’, para atingir um ‘índice estatístico das ZPol’s’ que os dirigentes chamam de ‘produtividade’, a ordem é realizar a busca pessoal no maior número possível de pessoas e deter as suspeitas, como força de prevenção” (2011, p. 44).

A determinação, então, “é para fazer ‘abordagem, abordagem, abordagem’” e há uma divulgação ostensiva das estatísticas: “Sargento *tal*, tantas abordagens; tenente *tal*, tantas abordagens; cabo *tal*; tantas abordagens” (LIMA, E., 2011, p. 30-31). Em virtude dessa orientação, a fragilização ou mesmo o abandono de qualquer suspeição como fundamento da busca pessoal acaba sendo inevitável: alguns policiais passam a fazer abordagens com mais frequência “mesmo que para tanto tenham que abordar pessoas que não apresentem, em seu entendimento, comportamento suspeito” (LIMA, E., 2011, p. 31).

Nesse sentido, ao aplicar questionários a policiais militares da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso (PMMT), atuantes em Cuiabá (MT) e em Várzea Grande (MT), Jamil Amorim de Queiróz (2014, p. 8) observa que é prevalente a concepção de que “a abordagem deve ser realizada, pois, a normativa exige que o Estado represente o aparelho repressivo; o poder normativo é o que prevalece, e enquanto aparelho de estado deve ocorrer a preservação da ordem pública, diante disso: *Todos são suspeitos até que se prove o contrário*”.

⁷⁰ À época da elaboração da obra citada, Elcimar Lima era Oficial da Polícia Militar do Estado do Pará (PMPA).

Queiróz (2014, p. 7) verifica, então, que as utilidades da abordagem são múltiplas de acordo com os policiais e se relacionam precipuamente às suas concepções de ordem pública e não propriamente aos princípios de uma sociedade democrática. Entre as respostas dadas pelos policiais, observa-se que a abordagem serve para “colocar o suspeito em posição desconfortável” e para “combater a criminalidade de frente, com o policiamento ostensivo, para dar sensação de segurança e proteger a sociedade”. Nesse passo, ao cotejar os posicionamentos, Queiróz (2014, p. 9) nota que há uma orientação geral de que a abordagem “está alicerçada pela legalidade e amparada pela preservação da ordem pública”, ao passo que os direitos e interesses do cidadão abordado não ocupam papel relevante nas preocupações dos policiais.

Nesse contexto, o uso generalizado da abordagem policial como mecanismo de policiamento ostensivo, não raro, aparece como componente essencial de determinações hierárquicas e operações policiais formalmente deflagradas.

Assim, em 2011, major da Polícia Militar do Estado do Ceará (PMCE) determinou aos seus comandados uma meta de 25 (vinte e cinco) abordagens diárias, cujo descumprimento configuraria infração disciplinar grave. Após a divulgação da ordem na mídia, o Ministério Público do Estado emitiu recomendação de revogação imediata ao Comandante Geral da PMCE, esclarecendo que a abordagem sem critério fere garantias constitucionais⁷¹.

Em 2013, por sua vez, comandante da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP), no município de Campinas (SP), emitiu ordem de serviço que determinava a abordagem de jovens de cor preta e parda em “atitude suspeita”, após uma onda de assaltos a residências em bairro nobre da cidade. Diante de questionamentos do movimento negro e organizações de defesa dos direitos humanos perante a natureza explícita da discriminação, a ordem foi revogada. Segundo reportagem, a PMESP lamentou a “redação infeliz” do documento, considerou o episódio um “deslize de comunicação” e emitiu nota deplorando o uso do caso “para fazer sensacionalismo”⁷².

⁷¹ O envio da aludida recomendação foi reportado pela assessoria de comunicação do Ministério Público do Estado do Ceará, em publicação no sítio eletrônico do órgão, disponível no seguinte endereço: <http://www.mpce.mp.br/servicos/asscom/destaques.asp?cd=829>, acesso em 22/8/14.

⁷² O fato foi noticiado em diversos veículos de comunicação, em reportagens disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2013/04/capitao-que-ordenou-abordagem-negros-e-pardos-e-afastado-pela-pm.html>; <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2013/01/grupos-cobram-pm-sobre-rigor-na-abordagem-de-negros-e-pardos.html>; <http://www.estadao.com.br/noticias/geral/pm-de-campinas-determina-abordagem-de-suspeitos-de-cor-parda-e-negra,987908>; <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/pm-orienta-abordagem-a-individuos-de-cor-parda-e-negra>, acesso em 7/10/2014.

Mais recentemente, obteve atenção midiática a Operação Segurança Presente, deflagrada no Rio de Janeiro em dezembro de 2015⁷³. Nos dois primeiros meses da operação, declaradamente voltada a garantir a “sensação de segurança” aos cidadãos, 869 pessoas foram presas – 584 por posse e uso de entorpecentes –, 209 moradores de rua foram “recolhidos” e 3,2 mil itens de vendedores ambulantes foram apreendidos. Para explicar as estratégias da operação, um tenente da PMERJ ressaltou: “abordamos todas as pessoas que têm uma *atitude suspeita fundada*. Por exemplo, se a pessoa foge quando chegamos, ou se tenta esconder alguma coisa”⁷⁴. Contudo, em reportagem sobre o tema, após observação direta, destacou-se que a suspeição era amparada em fatos frágeis e racialmente discriminatória:

A reportagem da Pública acompanhou a operação Aterro Presente, no Flamengo, na tarde de 1º de fevereiro. [...]. Ninguém fugiu da polícia naquela tarde. Mas, com o passar das horas, as atitudes suspeitas se multiplicaram. Um casal conversando em um banco foi abordado porque “poderiam estar fumando maconha”, explicou o subtenente Jannuzzi. Um homem negro, que andava de bicicleta, foi parado por “andar rápido, isso é suspeito”, disse o subtenente. Em todas as cerca de 30 abordagens, as pessoas – na sua maioria jovens negros – foram revistas exaustivamente e depois liberadas.⁷⁵

Nessa mesma toada, já em 2017, o prefeito recém-eleito Marcelo Crivella ressaltou que objetiva implementar revistas rotineiras dos passageiros de ônibus que tenham como destino a orla da Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro. Indivíduos “flagrados” sem dinheiro ou documentos “se tornarão suspeitos”. A iniciativa foi justificada pelo alto contingente de pessoas de zonas periféricas, distantes da orla, que se dirigem às praias da Zona Sul, área nobre da cidade. Nas palavras do Secretário de Ordem Pública, Paulo Amêndola:

Os ônibus vão chegando, despejando pessoas nas praias, e grupos de policiais vão revistar as pessoas, ver se estão armados, verificar se têm documentos. Tem menores de idade que saltam na zona sul sem dinheiro. Como vão voltar? Vão roubar de alguém! Ou dar calote. Os guardas nas areias estarão de olho nessas pessoas.⁷⁶

⁷³ Financiada pela Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio-RJ) e executada por policiais militares fora de serviço e por ex-integrantes das Forças Armadas.

⁷⁴ Numa análise preliminar da operação, indaga-se de imediato a respeito da competência de policiais militares, de folga, e ex-militares, para realizar buscas pessoais. Além disso, cumpre questionar a legalidade do “recolhimento” de moradores de rua sem qualquer imputação penal. Apesar de tais dúvidas, o Governo do Estado qualificou a operação como “fantástica” e “absolutamente positiva” e observou que entrou em contato com empresários do centro da cidade a fim de que o “projeto” também seja lá implementado.

⁷⁵ Reportagem disponível em: <http://apublica.org/2016/02/operacao-policia-financiada-por-empresarios-cariocas-mira-moradores-de-rua/> Acesso em 8/3/16

⁷⁶ Reportagem disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849096-secretario-de-crivella-planeja-revisitar-onibus-que-parem-na-orla-da-zona-sul.shtml> Acesso em 14/1/17

Essa mesma concepção estrutura a Operação Anjo da Guarda, deflagrada pela PMDF em janeiro de 2016, por meio da qual são revistadas pessoas que se utilizam de ônibus como meio de locomoção, em todo o DF⁷⁷. Orientação similar ampara outras operações da PMDF, tais como a Operação Varredura (revistas nas ruas e no interior de escolas públicas de Ceilândia)⁷⁸, a Operação Escola Livre (revistas dos alunos na entrada das escolas) e a Operação Bloqueio Escolar (“*busca geral* em locais de concentração de pessoas no perímetro escolar como bares, quioques, lanchonetes e veículos suspeitos”)⁷⁹.

Essas operações e determinações hierárquicas evidenciam que, no limite, lança-se mão da busca pessoal como um mecanismo rotineiro de prevenção criminal, totalmente dissociado de fundamentação, ou seja, totalmente dissociado de prévia suspeição (independentemente de seu conteúdo) e, portanto, sem empecilho à sua incidência discriminatória.

Nesse cenário, há que se relevar que as iniciativas mencionadas não são inéditas. Conforme narra Paulo Sérgio Pinheiro (1982), a prática de *buscas coletivas* pelas polícias, também conhecidas como “arrastões” ou “pentes-finos”, em veículos de transporte coletivo e ruas públicas das cidades, já era utilizada no período militar, o ápice do “vigilantismo” das polícias militares, com um objetivo dúplice (e contraditório) de acalmar e aterrorizar por meio da demonstração da presença policial:

O vigilantismo da PM não se restringe à ação contra criminosos individuais ou quadrilhas. Tem a pretensão de enquadrar toda a população, que até provar é suspeita. Uma das principais técnicas utilizadas é o ‘arrastão’, ‘rondão’, ‘pente-fino’: operações de revista e detenções ilegais realizadas no centro da cidade e nos bairros. Numa das maiores operações de estardalhaço do ano [1981], a polícia militar do Rio de Janeiro mobilizou 3600 homens de todos os batalhões da cidade e da Baixada Fluminense e a batida se estendeu desde a zona Sul passando pelo centro até os subúrbios, sendo presas algumas dezenas de pessoas. Na impossibilidade de ‘ocupar’ militarmente a cidade para prevenir o crime, regularmente a PM desaba sobre a cidade com esses controles sobre o cidadão. Absolutamente ineficazes: tamanha ingenuidade esperar que os criminosos, apesar do estardalhaço, caiam nas ‘redes’ da polícia.

⁷⁷ “A operação acontece em todo o Distrito Federal e consiste em abordagens a ônibus e a seus usuários, feitas pelos grupamentos táticos (GTOp) da Unidades com o subsídio de informações repassadas pelas equipes do serviço velado, que indicarão as áreas e horários de maior incidência de assaltos a ônibus e paradas de ônibus, identificando os pontos “quentes”, ou seja, locais que necessitam de maior presença policial. A finalidade é aumentar a sensação de segurança da comunidade que utiliza o transporte coletivo diariamente”. Disponível em <http://www.pmdf.df.gov.br/site/index.php/noticias/destaques/8928-operacao-anjo-da-guarda> Acesso em 18/3/16

⁷⁸ “A PMDF intensificou o policiamento nas escolas e imediações da Ceilândia. Com o objetivo de inibir novas atuações de vândalos, a Operação Varredura tem sido realizada na região com a iniciativa do Batalhão Escolar e apoio do Patrulhamento Tático Móvel (Patamo). As escolas estão recebendo diariamente a presença dos policiais. A varredura é feita dentro das salas de aula. Os agentes de segurança realizam busca nos alunos e nos materiais escolares. De acordo com a diretora do Centro de Ensino IV da Ceilândia, a presença da polícia nas escolas inibe muito a atuação de ilícitos. A atuação policial não fica só dentro das salas de aula. O Patamo fica responsável por fazer a patrulha ostensiva nos arredores.”. Transcrição de vídeo publicado no canal oficial da PMDF no *YouTube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xUJu3C5ypsI>> Acesso em 25/4/2016.

⁷⁹ Cf. notícia disponível em: <http://www.pmdf.df.gov.br/site/index.php/noticias/destaques/7119-operacao-voltas-aulas-comeca-nesta-segunda> Acesso em 25/4/16

Na verdade, esses ‘arrastões’ têm objetivos maiores do que as detenções, em sua maioria ilegais e insignificantes, que realiza. O primeiro é demonstrar às classes perigosas que a polícia está a seu serviço, zelando pela sua paz e tranquilidade; mas as operações são tão atrabiliárias que começam a provocar sérias dúvidas nessas mesmas classes quanto a sua eficácia. O segundo é aterrorizar as ‘classes perigosas’ para que não caiam no crime. [...]. Terceiro, decalcam as mesmas operações feitas nos períodos de arbítrio para detectar os ‘agitadores do movimento comunista internacional’ infiltrados nas massas. (PINHEIRO, 1982, p. 73).

Aos olhos de Pinheiro (1982, p. 75), essas “batidas” constituem verdadeiras “operações de ocupação militar da cidade”, que não são interrompidas a despeito de sua clara ineficácia quanto ao objetivo explícito de enfrentamento à criminalidade, o que evidencia, então, a existência de um objetivo implícito de controle social da população.

No entanto, a transição constitucional, como visto, não encerrou essa prática descontrolada da busca pessoal como mecanismo de controle da circulação pública. Note-se que aparece de modo expreso na divulgação das operações supramencionadas o propósito de incremento da realização de buscas pessoais no curso do policiamento, as quais, no limite, são consideradas atos rotineiros a serem praticados coletivamente, independentemente de suspeita individualizada em face dos revistados: verdadeiras “varreduras”. São atos que funcionam como “instrumentos de controle dos grupos, pois demonstram que a população está sendo vigiada e, sobretudo, qual é a população que está sendo vigiada” (SILVA, G., 2009, p. 122).

Cumprir observar então que, conforme mencionado no capítulo anterior, nessas esferas desregulamentadas e descontroladas do poder policial, manifesta-se elevado risco de arbítrio, em especial sob o prisma do *poder configurador*, mediante o controle das condutas e interações sociais, com a introjeção de uma ordem disciplinar vertical mediante vigilância constante. A intervenção policial, no caso por meio da busca pessoal, é mobilizada como um meio de intimidação e pressão: ao infligir constrangimentos e afirmar a vulnerabilidade do indivíduo, o policial visa a afirmar a relação de força que é capaz de encetar a partir de sua autoridade, e não a proteger direitos fundamentais sob perigo de violação.

2.2.2. O descontrole

A prática generalizada de buscas pessoais, conquanto louvada como indispensável ao policiamento ostensivo, é muito vagamente explicada sob a perspectiva tático-operacional. A despeito da importância atribuída à medida, várias lacunas e ambiguidades permeiam a prática da busca pessoal como instrumento de polícia ostensiva. No plano institucional, as corporações policiais enfatizam a linguagem operacional e os componentes militares do encontro. No

entanto, o discurso bélico convive com a associação das abordagens a objetivos mais genéricos e cotidianos de visibilização da polícia e aumento da sensação de segurança da população (RAMOS; MUSUMECI, 2005), em relação aos quais sua eficiência é de difícil verificação.

Paralelamente a essa indefinição, há uma notável insuficiência de dados quanto aos resultados das abordagens, inclusive sob a perspectiva de seus objetivos declarados, concomitante à falta de transparência, fiscalização e controle das abordagens. Conforme se registra em Relatório do PNUD (2005, p. 91 e 100), as abordagens policiais no Brasil não são registradas, e mesmo aquelas que resultam em boletins de ocorrência são muito vagamente reportadas, carecendo de informações suficientes para a abertura de uma investigação.

Quanto ao ponto, Batitucci *et al.* (2014) observam que em nenhuma das Unidades da Federação em que efetuaram a sua pesquisa (Distrito Federal, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo) foi identificada base de dados que computasse o número de abordagens e/ou seus detalhes, tais como local, cor/raça do abordado, motivação, entre outros. Nesse mesmo sentido, Ramos e Musumeci (2005, p. 30) notam que, na PMERJ, não há controle sobre os resultados das abordagens e não são utilizadas ferramentas adequadas de planejamento, monitoramento e avaliação. Não há dados consistentes sobre o seu impacto (positivo ou negativo) e custo-benefício, o que é associado à desfuncionalização das abordagens, que deixam de se vincular aos propósitos oficiais (e legais) – relacionados à investigação criminal – e se transformam “em política rotineira, destinada a marcar a presença policial nas ruas da cidade”.

Não bastasse isso, a verticalidade da relação polícia-cidadão faz com que o número de denúncias de abusos seja muito baixo. A esse respeito, registra Pinc (2007) que os dados da Ouvidoria da PMESP indicam que, durante todo o ano de 2006, em todo o Estado, houve só 46 denúncias de “abordagem com excesso”. De 1995 a 2006, foram registradas apenas 124 denúncias. “[E]ste é um número muito baixo de denúncias diante do volume de abordagens realizadas, o que pode indicar o medo que as pessoas têm de denunciar” (PINC, 2007, p. 16).

Não em outro sentido são as constatações de Batitucci *et al.* (2014), os quais, embora tenham se deparado com o uso da filtragem racial nas intervenções da PMMG, não encontraram um volume compatível de denúncias sobre o problema. Os autores buscaram dados sobre denúncias de preconceito racial pela polícia no Estado, mas, por meio do Disque Denúncia Unificado, não foi encontrado nenhum caso de denúncia por preconceito racial, durante todo o período de 2007 a 2013. Perante a Ouvidoria, foi encontrado apenas um caso. E, perante a Corregedoria, não foi franqueado acesso aos dados.

Assim, abre-se espaço para o abuso de poder. Quanto ao ponto, ilustrativamente, cabe a menção ao depoimento de um policial entrevistado por Airton Ribeiro (2009, p. 75), que

confessou que, como na periferia há poucas reclamações de abuso policial, presenciou várias vezes colegas submeterem cidadãos à busca pessoal como método para *diminuir o estresse*:

[...] muitas vezes, o cidadão é “cobaia” do mau humor do policial, que já vem trabalhar cansado, estressado, pressionado pelos superiores, pela mulher, pelo “bico”. Várias vezes ouvi companheiros dizerem que vão dar “mão pra cabeça” em todo mundo que passar na sua frente para diminuir seu estresse, daí, trabalhando na periferia fica mais fácil fazer isso porque ninguém reclama [...]

Incipientes tentativas de divulgação das condições de validade da busca pessoal entre os policiais e cidadãos são esparsas, pouco capilarizadas e, por vezes, até mesmo criticadas⁸⁰. Entre as iniciativas destinadas aos policiais, destaca-se a cartilha Atuação Policial na Proteção dos Direitos Humanos de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, publicada pela SENASP em 2010⁸¹. Nessa cartilha, ressalta-se que a abordagem depende de “fundada suspeita”, a qual resultaria “da análise da existência de elementos concretos e sensíveis que indiquem a necessidade da abordagem. Não tem como direcionador simplesmente a desconfiança ou perspicácia do agente público. Assim, o policial deve nortear sua conduta por dados concretos”. Extrai-se daí que, embora a cartilha tenha por propósito delimitar o poder policial, acaba por submeter a avaliação da fundada suspeita a critérios amplos e subjetivos, relativos à “necessidade” da abordagem. Não há nenhuma vinculação da suspeita a elementos indiciários da prática de ilícito penal, o que permite que ela seja executada em caráter rotineiro.

No que toca ao procedimento da abordagem, ressalta-se na cartilha que, ao proceder à abordagem, o policial deve se identificar como policial, emitir ordem curta e clara de parada para assumir o controle da situação e efetuar a busca pessoal, também mediante ordens curtas e claras: colocar as mãos sobre a cabeça, levantar a camisa, virar as costas. Após, o policial deve requerer a identificação do indivíduo e a apresentação da documentação (se houver)⁸², além de vistoriar o veículo do cidadão (se houver) e as proximidades do local onde possam estar escondidos produtos de ilícitos. Por fim, deve-se esclarecer ao cidadão o motivo da abordagem, caso não seja detectado ilícito penal que enseje a prisão em flagrante. Extrai-se daí

⁸⁰ Assim, ao analisar a cartilha elaborada pelo Centro de Direitos Humanos de Sapopemba, Pinc (2007, p. 8) assevera que há um foco demasiado na questão do abuso de poder e da violência policial, o qual “contribui para formar a percepção de que a polícia sai às ruas usando apenas a força letal”, de modo que “a abordagem policial tende a ser percebida como violação dos direitos da pessoa humana”. Sob seu ponto de vista, “[n]ão se pode negar que ações abusivas compõem o universo cotidiano do trabalho policial, mas trata-se de uma parte que não representa o todo”, razão pela qual há uma equívoca estigmatização da abordagem policial, vista como um evento em que os direitos humanos são violados.

⁸¹ Disponível em http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/manuais/2010Cartilha_DHUMANOS.pdf Acesso em 11/12/16.

⁸² No ponto, esclarece-se que a não identificação verbal constitui contravenção penal (LCP, art. 68), mas a apresentação de documentos não constitui ilícito.

que a extensão da busca pessoal é contemplada como, em regra, amplíssima: independentemente da suspeita concreta que tenha justificado a abordagem, esta deve abranger todo o corpo e vestes do indivíduo, bem como seu veículo e as proximidades do local.

Por outro lado, há na cartilha da SENASP importante explanação sobre as particularidades de abordagens a pessoas em situação de vulnerabilidade (mulheres, crianças, adolescentes, negros ou outras vítimas de preconceito de raça/cor, pessoas com deficiência, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, idosos, pessoas em situação de rua e vítimas da criminalidade/abuso de poder). Em cada um deles destacam-se os cuidados e procedimentos a serem considerados pelo policial em função da vulnerabilidade detectada.

Entre as iniciativas dirigidas aos cidadãos, destacam-se, em especial, a cartilha de Abordagem Policial elaborada em 2006 pelo Centro de Direitos Humanos de Sapopemba⁸³, recentemente reproduzida pelo Governo do Estado de São Paulo, e a cartilha Cidadão com Segurança – Respeito Mútuo entre Cidadão e Polícia, elaborada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em 2013⁸⁴. Nesta última, frisa-se que é um *dever* do cidadão “permitir, sem resistir, que o policial o reviste, mesmo que considere a revista desnecessária” e que “a pessoa pode depois, questionar a legalidade da revista no Ministério Público ou na Corregedoria da Polícia”. No entanto, como as revistas nem sequer são objeto de registro, torna-se improvável a detecção posterior de abuso e responsabilização dos policiais envolvidos.

Assim, de um lado, as corporações incentivam a realização de buscas pessoais em larga escala pelos policiais em patrulha ostensiva e, de outro, o abuso de poder encontra resistência tímida. Apesar dos esforços de contraposição ao abuso de poder, perpetua-se uma mansa aceitação do uso rotineiro da busca pessoal como instrumento de policiamento ostensivo. A ausência de registro das práticas e os baixos índices de denúncia de abusos, impulsionados pela falta de transparência e pela alta verticalidade das abordagens, culmina com a virtual inexistência de controle da busca pessoal. Nessa conjuntura, o cidadão é inserido em uma posição de completa submissão ao policial.

2.2.3. A ineficiência

⁸³ Disponível em: <http://www.ovp-sp.org/cartilha_abordagem_pol_cdhs.pdf> Acesso em 21/7/14.

⁸⁴ O CNMP é incumbido do controle da atuação administrativa e financeira do MP, bem como dos deveres funcionais de seus membros, conforme o art. 130-A, § 2º, da CF/88. CNMP. *Cidadão com segurança. Respeito mútuo entre cidadão e polícia*. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/CNMP_-_Cidadao_com_Seguranca_-_Final_WEB.pdf Acesso em: 31/7/14.

Para justificar tal cenário de desconcentração e descontrolado da prática da busca pessoal, argumenta-se que “a revista pessoal é uma importante forma de evitar crimes ou descobrir crimes praticados” (CNMP, 2013). Nesse sentido, a quantidade bruta de prisões e apreensões realizadas pelas polícias tem sido utilizada para defender a legitimidade da prática de buscas pessoais nos moldes atuais – vale dizer, de modo desconcentrado e descontrolado.

Quanto ao ponto, Marcelo Prado argumenta:

As estatísticas mostram aí que, [com] 1000 (mil) abordagens, você apreende 8 (oito) infratores da lei, você recupera 6 (seis) veículos, você apreende 2 (duas) armas e também 4 (quatro) quilos de entorpecentes. [...]. Tem que existir a fundada suspeita: aí é que reside o principal detalhe (PRADO, 2011).

Nesse mesmo rumo, Tania Pinc (2007, p. 7) repete o argumento de Prado (2011) e, com referência a dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (SSP/SP)⁸⁵ sobre o ano de 2006, registra que, embora os “indicadores” confirmem “a alta frequência com que o policial decide pela abordagem” (9.351.600 no ano, de acordo com os dados citados), esta seria uma prática indispensável à repressão criminal, pois, a cada 133 (cento e trinta e três) abordagens, 1 (uma) prisão em flagrante é efetuada, o que indicaria a importância da abordagem policial para a repressão ao crime. A mesma linha argumentativa é seguida por Amaral Neto (2009), que aduz que os dados da PMESP⁸⁶ do ano de 2008 indicam que 25.859.351 intervenções policiais realizadas propiciaram 125.142 prisões e apreensões.

Nesse cenário, é pertinente notar que os dados apresentados por Prado (2011), Pinc (2007) e Amaral Neto (2011) evidenciam, na exata contramão de seus argumentos, a baixíssima eficiência da busca pessoal como instrumento de repressão à criminalidade⁸⁷. De acordo com

⁸⁵ Os dados da SSP/SP agregam informações fornecidas pela Polícia Militar e pela Polícia Civil. Pinc (2007, p. 11) registra que 9.351.600 pessoas foram abordadas no Estado em 2006 (23% da população paulista à época) e que 124.594 pessoas presas em flagrante. A autora pressupõe que todas essas prisões decorreram de abordagens (sem fundamento aparente) e salienta que as abordagens são subnotificadas (PINC, 2007, p. 21).

⁸⁶ Amaral Neto (2009) se embasa nos dados oficiais da PMESP relativos a 2008, de acordo com os quais 25.859.351 intervenções policiais foram realizadas nesse ano e, no mesmo período, houve um total de 125.142 prisões e apreensões. Amaral Neto extrai daí a eficiência das abordagens proativas, uma vez que teriam viabilizado mais de 100 mil prisões e apreensões no ano. Importante registrar que não há nos dados fornecidos pela PMESP correlação clara e direta entre as 25 milhões de intervenções e as 125.142 prisões e apreensões. Cf. http://www.polmil.sp.gov.br/unidades/ccomsoc/html/Estatistica/html/estatistica_2008.html, acesso em 30/7/14.

⁸⁷ Essa argumentação contraditória se repete em outras corporações. Em reportagem publicada no sítio da Polícia Militar do Estado de Tocantins (PMTO) sobre o Balanço de Atividades de 2013 do 1º Batalhão, atuante em Palmas, elogia-se a “significativa produtividade” do policiamento ostensivo, pois foram efetuadas “300 prisões em flagrante, tudo isto dentro do Plano Diretor da Capital, através de quase 400 mil abordagens”, o que permitiu “um saldo de 72 armas de fogo apreendidas, 20kg de drogas apreendidas, 147 veículos recuperados”. Os dados da polícia tocaninense revelam, outra vez, a ineficiência das abordagens para a descoberta de delitos: a razão de 300 prisões para 400.000 abordagens equivale a 0,075%. Disponível em <http://pm.to.gov.br/noticia/2014/1/23/comando-do-1o-batalhao-divulga-balanco-de-atividades-desenvolvidas->

os dados apresentados por Prado (2011) – mesmo considerando que todas as prisões ou apreensões mencionadas ocorreram em abordagens distintas –, então a cada 1000 (mil) abordagens, apenas 20 (vinte) dão ensejo a prisões/apreensões, o que corresponde a um índice de efetividade de apenas 2%. A mesma ponderação deve ser feita em relação aos dados utilizados por Pinc (2007) – a razão de 1 para 133 corresponde a 0,7% – e por Amaral Neto (2009) – a razão de 125.142 para 25.859.351 corresponde a 0,4%.

Nesse sentido, na pesquisa de Ramos e Musumeci (2005), conduzida na cidade do Rio de Janeiro, constatou-se que 91,7% das abordagens⁸⁸ aos entrevistados foram feitas pela polícia militar (responsável pela polícia ostensiva e não pela polícia judiciária) e que em apenas 1,9% delas houve encaminhamento à delegacia, o que permite concluir, “no mínimo, que as abordagens detectam pouquíssimos crimes, contravenções penais e outros tipos de ocorrências de encaminhamento obrigatório” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 117).

Nesse passo, é imperativo destacar que não há comprovação empírica da eficácia da busca pessoal como método rotineiro de controle da criminalidade. Os dados referentes à quantidade de buscas pessoais realizadas são escassos e inconstantes e, quando existem, nem sempre apresentam nexos de causalidade claro entre a prática da abordagem e a prática de prisão/apreensão. Não bastasse isso, mesmo forjando tal nexos, ainda assim não se pode extrair vínculo entre o aumento do número de abordagens e o aumento do número de prisões, muito menos entre o aumento do número de abordagens e a redução dos índices de criminalidade.

No ponto, é oportuna a menção aos dados mais recentes da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (SSP/SP) e da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal (SSP/DF), que compilaram e divulgaram informações relativas à questão. Ao analisar os índices publicados, mesmo a partir de uma suposição (meramente *ad argumentandum tantum*) do nexos de causalidade entre revistas e prisões/apreensões, chega-se à conclusão pela ineficiência da busca pessoal como instrumento de controle criminal.

De acordo com a SSP/DF⁸⁹, durante o ano de 2015, foram feitas pela PMDF 1.341.069 abordagens a pessoas – além de 383.959 abordagens a veículos e 46.868 abordagens a ônibus.

em-2013/ Acesso em 16/3/2016. A mesma observação pode ser feita em relação à “Operação Impacto”, da Polícia Militar do Estado da Paraíba (PMPB). Noticiou-se que a operação deu ensejo a 10.000 abordagens a pessoas e a veículos, as quais permitiram 11 prisões, 2 apreensões de armas e 2 veículos recuperados. Mesmo considerando que cada ação ocorreu isoladamente, o percentual de 15 para 10.000 corresponde a 0,15%. Cf. <http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2016/07/operacao-impacto-realiza-onze-prisoes-e-mais-de-dez-mil-abordagens.html> Acesso 19/8/16

⁸⁸ Neste caso, trata-se das abordagens policiais “em sentido amplo”, pois os dados não foram individualizados, nesse particular, quanto às abordagens a transeuntes na rua.

⁸⁹ Dados disponíveis em

Nesse mesmo período, 8.150 mandados de prisão (de adultos) e 1.145 mandados de apreensão (de adolescentes) foram cumpridos e ocorreram 14.930 prisões em flagrante e 8.705 apreensões em flagrante. Mesmo supondo, apenas para argumentar, que todas essas ações de cumprimento de mandados de prisão/apreensão e de prisão/apreensão em flagrante (as quais totalizam 30.523 prisões/apreensões) decorreram de abordagens a pessoas (1.341.069), alcança-se, mais uma vez, um percentual baixíssimo: apenas 2,3% das abordagens a pessoas teriam dado ensejo à prática de prisões/apreensões. Para que ocorressem essas 30.523 prisões/apreensões de pessoas que teriam praticado crimes, foram abordadas 1.310.546 pessoas inocentes.

Esse baixo percentual se manteve nos dados divulgados na sequência, relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2016⁹⁰. Em janeiro⁹¹, a PMDF abordou 119.606 pessoas e fez 794 prisões e 430 apreensões. Em fevereiro⁹², abordou 135.000 pessoas e fez 737 prisões e 421 apreensões. Assim, o número de prisões/apreensões feitas em janeiro corresponde a 1% do número de abordagens feitas no mesmo período e, em fevereiro, corresponde a 0,85%⁹³.

Conformação similar se repete nos índices de produtividade da SSP/SP. Ao analisar os dados da SSP/SP referentes aos anos de 2014, 2015 e 2016, no que toca à quantidade de revistas pessoais e de prisões realizadas (em flagrante e por mandado), verifica-se uma ineficiência notavelmente constante. No ano de 2014⁹⁴, foram realizadas 15.488.976 revistas pessoais e 151.042 prisões. Mesmo pressupondo que todas as prisões decorreram de revistas pessoais, constata-se que o número de prisões corresponde a 0,975% do número de revistas. No ano de 2015⁹⁵, foram feitas 16.930.538 revistas pessoais e 163.930 prisões, o que corresponde

<http://www.ssp.df.gov.br/images/PASTANOVA/ApresentacoesDeColetivas/balano%20de%20criminalidade%20-%202015%20dezembro.pdf> Acesso em 16/3/2016. A divulgação de dados abarca o ano de 2015, em que esteve na gestão da SSP/DF o Secretário Arthur Costa. Nos demais anos, não houve a divulgação de tais dados. Acrescente-se que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população estimada do DF, em 2015, era de 2.914.830 pessoas. (Cf. <http://cod.ibge.gov.br/904> Acesso em 16/3/2016). O número de abordagens a pessoas (1.341.069) corresponde a 46% do número de habitantes do DF (o que não significa que 46% da população foi abordada, já que é possível que uma pessoa seja abordada mais de uma vez durante o ano).

⁹⁰ Não houve divulgação dos dados de abordagens relativos aos meses seguintes.

⁹¹ Dados disponíveis em <http://www.ssp.df.gov.br/images/PASTANOVA/Balanco-de-Criminalidade-JAN%20-2016-final.pdf> Acesso em 10/10/2016.

⁹² Dados disponíveis em <http://www.ssp.df.gov.br/images/PASTANOVA/ApresentacoesDeColetivas/apresentao%20fevereiro%20final%20p%20site.compressed.pdf> Acesso em 10/10/2016.

⁹³ Nos balanços mensais relativos a janeiro e fevereiro de 2016, a SSP/DF discriminou o número de prisões realizadas pela PMDF, o que provavelmente resulta no percentual inferior obtido no balanço anual de 2015, em que não houve tal diferenciação e computaram-se as prisões feitas pela PMDF e pela PCDF em conjunto – assim, utilizou-se para o cálculo o número de prisões em flagrante e de cumprimento de mandados de prisão, resultando em percentual superior. Em relação aos meses posteriores, o número de abordagens não consta dos balanços.

⁹⁴ Dados disponíveis em: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-01.htm>;

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-02.htm>;

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-03.htm>;

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-04.htm>. Acesso em 10/10/2016

⁹⁵ Dados disponíveis em: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-01.htm>;

a percentual muito próximo ao do ano anterior: 0,968%. Em 2016, por fim, foram feitas 14.496.074 revistas e 41.877 prisões (1,19%).

Em relação ao ano de 2016, ano com maior percentual de efetividade das revistas no Estado, é interessante notar que há uma redução sensível da média de revistas no segundo trimestre⁹⁶. No primeiro, terceiro e quarto trimestres, manteve-se a média de revistas dos dois anos anteriores: no primeiro trimestre, foram praticadas 4.357.405 revistas e 42.765 prisões (0,98%), no terceiro, foram realizadas 4.544.467 revistas e 43.393 prisões (0,95%) e, no quarto, foram realizadas 4.124.897 revistas e 41.877 prisões (1,01%). Contudo, no segundo trimestre, houve uma brusca queda do número de revistas: registram-se 1.469.305 revistas, apenas 33% do número do primeiro trimestre (4.357.405). A mudança, contudo, não atraiu consigo outras alterações: não houve redução correlata do número de prisões. Ao contrário, o número de prisões aumentou: de 42.765 no primeiro trimestre para 44.989 no segundo. Ademais, não houve aumento do número de ocorrências criminais registradas, o que poderia ocorrer se revistas generalizadas tivessem o condão de prevenir crimes. Ao contrário, o número de ocorrências diminuiu: 493.408 no primeiro trimestre e 488.777 no segundo. Assim, o índice de efetividade das revistas no segundo trimestre foi cerca de três vezes a média anterior: 3,06%, o qual ainda constitui percentual muito baixo.

Portanto, mesmo os índices oficiais revelam um percentual tão insignificante de abordagens que resultam em prisões a ponto de ser razoável indagar se abordagens feitas em caráter assumidamente aleatório alcançariam número similar ou quiçá superior de prisões. Trata-se, pois, de prática escancaradamente ineficiente, que sacrifica os direitos individuais de uma imensa parcela da população a fim de que em uma ínfima quantidade de casos sejam efetivamente efetuadas prisões/apreensões e sem que se demonstre sua eficácia para a redução da criminalidade. A baixa efetividade das abordagens contrasta frontalmente com a defesa da eficiência da busca pessoal para o controle da criminalidade e impele a questionar quais são os critérios sobre os quais tal prática tem se embasado.

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-02.htm>;

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-03.htm>;

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-04.htm>. Acesso em 10/10/2016.

⁹⁶ Dados disponíveis em: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2016-01.htm>

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2016-02.htm>

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2016-03.htm>

<http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2016-04.htm> Acesso em 27/01/2017.

2.3. A busca pessoal exploratória como instrumento de repressão ao tráfico: “enxugando gelo”

Além de seu uso generalizado como expediente de rotina do policiamento ostensivo-preventivo, a busca pessoal tem sido utilizada com especial vigor na repressão ao crime de tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33), tanto por ações das polícias civis, incumbidas da investigação criminal, quanto das polícias militares, incumbidas do policiamento ostensivo. As inúmeras pesquisas realizadas sobre o tráfico de drogas no país evidenciam, com efeito, o uso rotineiro da busca pessoal como um componente essencial da estratégia de repressão ao tráfico adotada no país: a maior parte das denúncias de tráfico se originam de prisões em flagrante precedidas de abordagens policiais em via pública, nas quais se apreende droga com o abordado.

Assim, no estudo de Evandro Piza Duarte *et al.* (2014), mediante aplicação de questionários a 125 processos penais arquivados relativos ao delito de tráfico nas cidades de Brasília (DF), Curitiba (PR) e Salvador (BA)⁹⁷, constatou-se que, em Brasília, 94% dos flagrantes da polícia militar e 57% dos flagrantes da polícia civil foram precedidos de abordagem policial em via pública. Em Curitiba, 76% dos flagrantes da polícia militar e 55% da polícia civil foram precedidos de abordagem em via pública. Em Salvador, 83% dos flagrantes da polícia militar ocorreram em via pública, contra 56% da polícia civil.

Nesse mesmo sentido, na pesquisa coordenada por Maria Gorete de Jesus (2011), mediante análise de 667 autos de prisão em flagrante em casos de tráfico em São Paulo (SP), Santos (SP) e Campinas (SP), o Núcleo de Estudos em Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP) constatou que 82,28% das prisões em flagrante ocorreram em via pública (85,63% das prisões em flagrante por tráfico foram realizados pela polícia militar e apenas 9,58% pela polícia civil). Quanto à motivação dessas abordagens realizadas em via pública, notou-se que 62,28% ocorreram “durante o patrulhamento de rotina” desempenhado pelas polícias militares.

Não em outro sentido, mediante análise de sentenças de juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), bem como do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1) e do Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2), Luciana Boiteux *et al.* (2009) notaram que, na expressiva maior parte dos casos, a persecução penal iniciou-se com prisão em flagrante (88,9%), o que sugere, de acordo com as autoras, casualidade no encontro da droga. Em mais de 60% dos casos havia apenas um acusado – o que contrapõe à ideia de que os traficantes, “por

⁹⁷ A repartição é a seguinte: 49 em Curitiba, 45 em Brasília e 31 em Salvador. Em Brasília, 91,1% dos acusados eram negros, em Curitiba 30,6% e em Salvador 100%.

definição”, integram uma organização criminosa. No total, 763 das 1001 das sentenças analisadas foram de condenação pelo crime de tráfico.

De outra parte, também na pesquisa de Beatriz Vargas Ramos Rezende (2011), a partir da aplicação de questionários a sentenças proferidas pelas quatro varas de entorpecentes do Distrito Federal em processos iniciados em 2009, repete-se tal padrão de prevalência da prisão em flagrante como pontapé inicial da persecução penal (91,6% dos casos). Em relação ao local da apreensão da droga, nos casos em que havia essa informação no processo, constatou-se que em 21,86% deles ocorreu a posse direta da droga pelo preso, em 21,05% dos casos a droga foi encontrada em residência (destacando-se por Rezende a prática comum da entrada na residência *após* abordagem em via pública), em 13,16% dos casos a droga foi apreendida em via pública, em 7,29% em veículo particular, em 5,06% em presídio, em 0,81% em restaurante e em 0,61% em veículo coletivo. Em 85,5% dos casos houve condenação por tráfico.

Nesse padrão de atuação policial, identifica-se, portanto, o direcionamento prioritário da intervenção policial a indivíduos vulneráveis ao flagrante policial no espaço público urbano. Essa estratégia culmina na ineficiência das ações estatais de repressão ao tráfico, uma vez que se limita à repressão da última escala de venda da droga aos usuários e não atinge as redes organizadas de produção e distribuição da droga entre os fornecedores. Com efeito, entre as diversas formas de circulação de drogas ilícitas, há graus diferenciados de vulnerabilidade à incidência do sistema penal, pois alguns meios e instrumentos utilizados para o tráfico são mais ou menos vulneráveis à detecção por parte das instituições de controle e repressão penal.

Há, pois, uma estrutura piramidal, em que o importador revende ao atacadista, que por sua vez passa para os revendedores e distribuidores varejistas. Nos níveis inferiores, verifica-se uma ampla gama de indivíduos descartáveis para a organização do tráfico, facilmente substituíveis em caso de morte/prisão, que são exatamente aqueles “microtraficantes” ou “traficantes-formiguinha” que atuam nos espaços públicos, expostos à abordagem policial. São estes, então, os “traficantes” contra a qual a polícia dirige a sua repressão quando concentra suas intervenções em face dos varejistas atuantes no espaço urbano. Tais indivíduos são, porém, tão vulneráveis à abordagem policial quanto substituíveis para a organização do tráfico.

Por isso, no vernáculo policial, sob o ponto de vista da efetiva repressão ao tráfico, reconhece-se que as abordagens policiais a tais pequenos traficantes equivalem a “enxugar gelo”. A organização e a lucratividade das escalas hierárquicas superiores do tráfico remanescem intactas. A estratégia de buscas generalizadas, portanto, viabiliza a punição daqueles vulneráveis à abordagem em via pública e capturados pela estigmatização permitida

na seleção policial, ao mesmo tempo em que os grandes traficantes podem lucrar e investir em posição de invulnerabilidade a tais investidas policiais (SHIMIZU; CACICEDO, 2016).

Nesse passo, é importante notar que o uso rotineiro da busca pessoal como instrumento de repressão ao tráfico pelas polícias, além de ineficiente para seu propósito declarado, produz alguns efeitos colaterais no que toca ao funcionamento do próprio sistema penal. Em primeiro lugar, alimenta a incidência discriminatória do encarceramento em massa a partir da reiterada seleção de um mesmo estrato social vulnerável à repressão policial. Além disso, o enorme contingente de policiais dedicado a essa ineficaz tática de repressão ao tráfico poderia estar empregando seus esforços em outras atividades (relacionadas ao tráfico ou não).

Por outro lado, essa estratégia policial não deixa incólume o processo penal. Ao contrário, impacta-o decisivamente. Ante a predominância da prisão em flagrante como o ato inicial da persecução penal, Rezende (2011, p. 62) salienta que “o flagrante condena por si só”: a maior parte das condenações penais por tráfico lastreia-se na prisão em flagrante em conjunto com o depoimento testemunhal dos policiais que efetuaram a prisão.

Nesse passo, além do óbvio poder de seleção dos indivíduos que devem ou não ser abordados em via pública, é a polícia que domina a narrativa dos fatos e que define o encaminhamento a ser dado em cada caso. O aparato judicial, por sua vez, tem sua parcela de contribuição a essa estratégia repressiva. É comum nas sentenças condenatórias a sobrevalorização explícita da *palavra dos policiais*, sob o fundamento de que o tráfico é uma atividade clandestina que não comportaria comprovação pelo depoimento de outras testemunhas (BOITEUX *et al.*, 2011, p. 45). Com isso, a análise perfunctória do policial sobre a dinâmica delitiva, efetuada no aqui-e- agora do policiamento ostensivo, acaba por se transformar, na maior parte das vezes, no veredicto final.

Consuma-se, pois, um automatismo na recepção judicial da “prova” inquisitorialmente produzida pelos policiais responsáveis pela abordagem (GARCIA, 2015, p. 68-70), que redundando na neutralização do devido processo legal e em especial do princípio do contraditório (CF/88, art. 5º, LVI e LV). Com efeito, a *palavra* do policial, ela própria dotada de *presunção de fé pública*, adquire valor de prova e é contemplada em oposição à palavra do acusado, reduzida, ao revés, a mera versão defensiva desprovida de valor probatório. Tal a sobrevalorização da “palavra” do policial, opera-se uma virtual inversão do ônus da prova quanto à destinação da droga apreendida (CPP, art. 156).

Portanto, a busca pessoal se insere em uma dinâmica de punição alicerçada na soma da coerção à palavra do policial. Esse cenário não é de todo ignorado pelo Poder Judiciário. Ao tratar do tema, reconhece o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF):

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado⁹⁸.

Embora essa sobrevalorização da palavra do policial executor da abordagem seja associada a uma alegada dificuldade de obtenção de provas testemunhais do tráfico de drogas, há que se destacar, em contraponto, o caráter precário do trabalho de investigação das próprias polícias. As abordagens em via pública que precedem a maior parte das prisões em flagrante não se inserem em uma investigação propriamente dita do fato delitivo: decorrem de uma abordagem isolada e casual do flagranteado em via pública, em genérica e vaga “atitude suspeita” percebida no curso do “policiamento de rotina” e não no curso de investigação. Os expedientes investigativos legalmente previstos – *v.g.* infiltração de agentes e flagrante diferido (Lei n. 11.343/06, art. 53, I e II) – são então substituídos por isoladas abordagens de ocasião.

Como a abordagem em via pública é casual, dissociada de investigação prévia ou posterior, um resultado inevitável é a sistemática insuficiência probatória quanto à destinação da droga, elemento diferenciador dos tipos penais do artigo 28 (drogas destinadas ao consumo próprio) e do artigo 33 (drogas não destinadas ao consumo próprio) da Lei n. 11.343/06⁹⁹. Deveras, não há um conjunto probatório robusto quanto à conduta efetivamente praticada pelo indivíduo abordado, pois há poucos elementos para definir se este atuava como usuário ou traficante. Assim, a distinção entre tais tipos, que seria fortalecida, *v.g.*, a partir de investigação quanto a prévias transações de drogas pelo preso, vinculações a associações criminosas ou porte de instrumentos preparatórios, é relegada a meras ilações e presunções e em assertivas dos policiais quanto à dinâmica da abordagem, em geral associadas à apreensão de dinheiro em espécie, ao local em que ocorreu o flagrante, ao modo de acondicionamento da droga, à situação empregatícia/profissional do acusado, entre outras.

Essa precariedade investigativa é justificada pela dicção dos artigos 28, § 2º, e 52, I, da Lei n. 11.343/06 e chancelada pelas agências judiciais: como a palavra dos policiais é valorizada nas sentenças condenatórias (e também nas decisões de decretação de prisão provisória) como um elemento central para a comprovação da tese acusatória, há um verdadeiro

⁹⁸ Recurso Extraordinário 653.659/SP, Min. Rel. Gilmar Mendes, Plenário, julgamento iniciado em 20/08/15. Voto disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf> Acesso em 30/09/16.

⁹⁹ O tratamento mais brando conferido ao primeiro (não possui pena privativa de liberdade) contrasta com o tratamento severo conferido ao segundo (pena de cinco a quinze anos de reclusão, com as consequências da hediondez do delito, salvo aplicação do § 4º. Sobre a hediondez do delito, cf. STF, HC 118.533, Rel. Min. Carmen Lúcia, Plenário, julgado em 19/6/2016.

desincentivo à investigação adicional. Nesse cenário, a prisão em flagrante é seguida já pelo oferecimento da denúncia, pois se sabe já haver o suficiente para condenar. A versão dos fatos sustentada pelos policiais é então repetida na peça acusatória e, uma vez reproduzida em audiência, basta para conduzir à condenação.

Nesse contexto, embora a busca pessoal seja praticada em caráter meramente isolado e eventual, sem conexão com investigação prévia, é a principal “diligência” empreendida pelos policiais na repressão ao tráfico. Sem qualquer investigação substantiva, a persecução penal desencadeada pela busca pessoal em via pública se estrutura a partir da díade *apreensão da droga e palavra do policial*. E, mesmo nos casos em que se reputa não haver prova suficiente para a condenação por tráfico, o dano dificilmente será diminuto: tais indivíduos, precipitadamente denunciados pela prática do crime de tráfico de drogas, não raro, respondem ao processo presos, o que resulta em largos períodos de cárcere provisório, até mesmo nos casos em que, ao cabo, há desclassificação para o crime de porte para uso (art. 28) ou absolvição do agente (JESUS, 2011; DUARTE *et al.*, 2014). Assim, no itinerário de repressão ao tráfico, buscas pessoais arbitrárias são seguidas por prisões provisórias abusivas e condenações fragilmente alicerçadas, as quais ao cabo permitem agravar o encarceramento em massa¹⁰⁰.

Portanto, a prática generalizada da busca pessoal deve ser desvelada como a estratégia inicial sobre a qual se ampara esse modelo de repressão ao tráfico que incide ineficiente e desproporcionalmente sobre os descartáveis “microtraficantes” a partir de simulacros de investigação e do uso precipitado da prisão provisória.

2.4. Os alvos cotidianos da busca pessoal

¹⁰⁰ De acordo com os dados do InfoPen de junho de 2014, a população prisional brasileira é de 607.731 presos (aumento de 33% desde 2008). Cerca de 41% da população prisional (250.213) consiste em presos provisórios (sem condenação), número um pouco superior ao dos presos em regime fechado (250.094, 41%). Há bem menos presos em regime semiaberto (89.639, 15%) e em regime aberto (15.036, 3%) e menos de 1% cumpre medida de segurança. Em relação ao tipo penal (no ponto, não foram contabilizados dados de RJ, TO e DF, em virtude de inconsistências, nem de SP, que não respondeu ao levantamento), entre 245.821 crimes, identificou-se que os crimes contra o patrimônio (97.206) são os que mais encarceram, seguidos por 66.313 crimes relacionados a drogas. Considerando os crimes em espécie, o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera (27%), seguido pelo roubo (21%) e pelo homicídio (14%). De outro lado, como alguém pode responder por mais de um crime, isolando o número de crimes e de presos, constatou-se que 35,1% dos presos respondem por crimes de drogas e 26,9% por roubo. Aferiu-se ainda que 67% dos presos são negros e 31% brancos (51% da população brasileira é negra e 48% branca, conforme censo IBGE de 2010). 53% dos presos possui ensino fundamental incompleto, 12% ensino fundamental completo, 11% ensino médio incompleto, 9% são alfabetizados sem cursos regulares, 7% ensino médio completo, 6% analfabetos e cerca de 2% possuem ensino superior completo ou incompleto. Os três entes federativos em que mais se encarcera são MS, SP e DF. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 20/4/16

Consoante acima elucidado, a busca pessoal incide majoritariamente sobre uma massa de inocentes, e apenas em uma minoria de casos permite a descoberta e apuração de infrações penais. Não obstante, embora seja certo que a busca pessoal não se dirige a criminosos, não se pode dizer que se trata de uma intervenção policial totalmente aleatória. Embora a deficiência dos dados oficiais das polícias a respeito de quem são os indivíduos abordados pelas polícias dificulte a análise da temática (SINHORETTO *et al.*, 2014; BATITUCCI *et al.*, 2014), há sólidos indicativos de que há um alvo rotineiro repetidamente atingido pelas buscas pessoais cotidianamente encetadas pelos policiais: o jovem negro e pobre do sexo masculino.

Na pesquisa de Ramos e Musumeci (2005, p. 106-107), aferiu-se que, no Rio de Janeiro, nas abordagens a pé, na rua, foram mais parados, proporcionalmente, homens, jovens, negros e pessoas de menor renda e escolaridade¹⁰¹. Em contraste, nas abordagens em veículos particulares, “a diferença de gênero é menor, a média de idade é mais alta, a cor embranquece e as faixas de renda e de escolaridade tendem a ser comparativamente elevadas”¹⁰². Assim:

A ocorrência de revista corporal também varia sensivelmente conforme idade, gênero, cor e classe da pessoa abordada. Os jovens, os negros e as pessoas de renda e escolaridade mais baixas sofrem revista em proporções bem maiores do que os outros segmentos considerados. Ao que tudo indica, a pessoa não só suspeita menos de pessoas brancas, mais velhas e de classe média que transitam pelas ruas da cidade, como tem maior ‘pudor’ em revistá-las – um procedimento muito fortemente associado à existência de suspeição e, via de regra, considerado humilhante (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 113)¹⁰³.

¹⁰¹ Ramos e Musumeci (2005) aferiram que, no Rio de Janeiro, a abordagem ao transeunte na rua, ou ao usuário de transporte coletivo incide desproporcionalmente sobre os negros (20,9% dos casos de abordagem a pé e 14,7% das abordagens em transporte coletivo (ônibus ou trem), embora os negros constituam apenas 10,1% da população carioca). No caso da abordagem de transeuntes, incide mais sobre os jovens (57,9% sobre jovens de 15 a 29 anos, que compõem apenas 37% da população) e as pessoas de baixa escolaridade (aquelas com até quatro anos de estudo, que representam 6,8% da população carioca, foram 11,4% dos abordados a pé).

¹⁰² Nas abordagens a veículos, a principal variável é a idade do carro: cerca de 75% tinham ao menos 4 anos de fabricação e quase 50% tinham ao menos 7 anos de fabricação (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 112).

¹⁰³ Nessa pesquisa, aferiu-se que, nas abordagens (de qualquer tipo, incluindo *blitzes*) aos autodeclarados pretos, a revista ocorreu em 55% dos casos. Os pardos foram revistados em 38,8% das abordagens e os brancos foram revistados em 32,6% dos casos. 56,3% dos jovens de 20 a 24 anos foram revistados, contra 24,9% dos entrevistados com 40 a 65 anos. 44,8% dos indivíduos com até 4 anos de estudo foram revistados, contra 21,6% dos indivíduos com curso superior completo/incompleto (12 anos ou mais de estudo). 44% dos indivíduos que recebiam até um salário mínimo e 16,6% dos indivíduos que recebiam mais de 5 (cinco) salários mínimos. Apenas 12,2% das mulheres paradas foram revistadas, contra 45,6% dos homens. 11% das pessoas abordadas a pé são mulheres. E apenas 12,2% destas, no geral (em abordagens de qualquer tipo), são revistadas, o que se explica pela interpretação restritiva dada ao art. 249 do CPP pelos policiais (cf. RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 42). Assim, o elevado percentual de pessoas abordadas a pé revistadas (76,8%) poderia ser maior não fosse tal tendência a não revistar mulheres. Essa repartição desigual da busca pessoal se repete em relação a intervenções policiais de maior gravidade. A probabilidade de negros residentes em favelas morrerem em confrontos com a polícia era sensivelmente superior que a de brancos. No Estado do Rio de Janeiro, embora os pretos compusessem 11,1% da população, eram 32,4% dos mortos pela polícia e, os brancos, 54,5% da população, correspondiam a apenas 19,7% dos mortos pela força policial. Já no Estado de São Paulo, os brancos representam 70% da população e 53% dos mortos pela ação da polícia (PNUD, 2005, p. 91).

Nesse passo, Ribeiro (2009, p. 75) registra que, ao acompanhar patrulhas realizadas pela PMESP, foram realizadas diversas abordagens a veículos e a pedestres, o que lhe permitiu identificar que predominaram “abordagens a negros, em grupos, com jaquetas largas, bonés e gorros”. No mesmo sentido concluiu Elcimar Lima (2011, p. 39) em relação à PMPA:

As características dos indivíduos alvos das abordagens dos policiais correspondem ao perfil daqueles que lotam as casas penais do Município, Estado ou do país, como diz o soldado: ‘a gente vai ver: negro, é... cabelo grande, cheio de tatuagem [...]’. Mesmo porque é esse o tipo de infrator mais procurado, ‘mesmo sabendo que tem pessoas que tão bem vestidas, que tem pessoas que não têm tatuagem, mas o biótipo do cidadão infrator é aquele cabeludo, aquele tatuado’.

Assim, a partir da aplicação de questionários a policiais da Polícia Militar do Estado de Pernambuco (PMPE), Geová da Silva Barros¹⁰⁴ (2008) constatou que, no momento de decidir efetuar uma abordagem, os policiais tendem a priorizar primeiro os pretos, depois os pardos e, por último, os brancos, o que evidencia uma tendência a relacionar negritude, pobreza e criminalidade. Por outro lado, a branquitude associada à manifestação de riqueza é percebida pelos policiais como a situação menos suspeita.

Nesse mesmo sentido, após análise das respostas aos questionários aplicados a policiais da PMMT, Queiróz (2014, p. 12) nota que a abordagem policial reflete “preconceito racial e discriminação, pois a ação policial está baseada na aparência física das pessoas, na cor da pele, na tatuagem, na condição social desfavorável, no lugar, sobretudo nos bairros de periferia”. Assim, sintetiza que os critérios de seleção de abordados são “fortemente associados à classe social e à raça dos sujeitos”, de modo que, em especial os negros são alvos de intervenções policiais mais rigorosas (2014, p. 10).

Desponta então o uso da abordagem como um mecanismo higienizador, de filtragem dos indivíduos aptos a ocuparem determinados espaços da cidade. Nessa dinâmica, Evanira Costa (2013, p. 83 e 87) nota que, em Salvador, a polícia “é solicitada para tirar de circulação pessoas suspeitas, como mendigos, prostitutas, doentes mentais, lavadores de carro, etc. Em outros casos, é identificada pela patrulha, aquela pessoa que, por alguma razão, chama atenção dos policiais”. [...]. Cabe à polícia, então, coibir a “presença de ‘elementos’ que não convêm”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ À época da elaboração da obra citada, Barros era oficial da Polícia Militar do Estado de Pernambuco (PMPE).

¹⁰⁵ Evanira Costa (2013, p. 87) registra que “a expressão *elemento* parece fazer parte do imaginário dos policiais e é atribuída para pessoas que despertam o sentido de suspeição ou perigo”. Descreve-se um elemento suspeito como aquele “do tipo bermuda de marca, cabelo de desenho, marcado de algum jeito” (2013, p. 90).

A autora exemplifica com um encontro que presenciou em sua pesquisa e que evidencia o propósito intimidador assumido pela abordagem direcionada a um jovem negro:

“Ei! Ei! É você mesmo! Encoste aí!... O que foi? Cale a boca! Não te perguntei nada! E... está fazendo o que na rua? Tá fazendo o que aqui? Mora aonde? No Nordeste de Amaralina... Sabia. Só podia ser! Olhe a cara do inocente! Parta a mil! (Diálogo estabelecido entre uma equipe de policiais militares e um cidadão durante uma abordagem).” A abordagem mencionada retrata ainda, o sentido de suspeição e o modo inadequado de detenção para averiguação. Tratava-se de um jovem negro, franzino, cuja aparência se mostrava alheia aos padrões estabelecidos para um morador da orla marítima de Salvador. (COSTA, E., 2013, p. 91)

Constata-se então que a abordagem policial cotidiana é operacionalizada com o objetivo de intimidar e humilhar, a pretexto de “controlar” e “ordenar” os fluxos urbanos, e atinge, sobretudo, a população negra. Nesse passo, também em pesquisa etnográfica na cidade de Salvador, Laís Avelar destaca que os bairros e territórios negros da cidade emergem como “especialidades onde o Estado, através do seu braço policial, invade casas sem mandado, constrange, cotidianamente, especialmente seus jovens, em abordagens infundadas a não ser pela cor da maioria destes que, por serem negros, ‘inspiram’ uma permanente suspeição” (2016, p. 117). Assim, nesses locais, a polícia “intermedeia as relações públicas, sem deixar de interferir nas relações particulares, que são ali, todo o tempo, atravessadas, pelo ‘pode’ e ‘não pode’ da polícia” (2016, p. 85), de modo que a truculência policial em face dos negros é banalizada e rotineirizada. Avelar ilustra pela menção à reiteração de revistas desagregadoras em um evento informal que conta, sobretudo, com a presença de jovens negros:

Andando mais alguns passos, chegamos ao local onde nos finais de semana é montado o Espetinho, lugar que, especialmente nas noites de domingo, reúnem jovens, crianças, moradores e moradoras do bairro que vão conversar, se encontrar e que, volta e meia, são surpreendidos por policiais que chegam revistando e humilhando, principalmente, os jovens. Presente na narrativa de todos que conversei até então, o Espetinho é alvo do controle truculento da polícia que, com armas pesadas e bombas de gás, chegam àquele espaço de convivência para desmontar, expulsar. Mesmo diante de um pesado controle, o Espetinho continua reerguendo-se no final de semana seguinte. (AVELAR, 2016, p. 89).

Cumprir registrar que essa repartição desigual, sobretudo pelo enfoque racial, não se trata de novidade: na análise de autos relativos à prática de atos infracionais por adolescentes entre 1968 e 1988 no Rio de Janeiro, Batista (2003) ressalta que mais de 3/4 (três quartos) dos indivíduos abordados por estarem “em atitude suspeita” eram negros.

Por outro lado, esse padrão transparece com especial nitidez nas pesquisas referentes à repressão ao crime de tráfico de drogas. Duarte *et al.* (2014) observam que os negros acusados

de tráfico foram mais frequentemente abordados pela polícia em via pública do que outros locais: em Brasília, apenas 25% dos brancos acusados de tráfico foram abordados em via pública, 50% o foram em residência e os outros 25% em outro local, ao passo que para os negros a distribuição foi diversa: 66% foram abordados em via pública e 20% em residência. Em Curitiba, 62% dos brancos e 67% dos negros foram abordados em via pública. Em Salvador, todos os acusados eram negros e 61% deles foram abordados em via pública¹⁰⁶.

Anota-se também na pesquisa de Jesus (2011) que esse *modus operandi* tem como resultado uma incidência desproporcional das prisões em flagrante por tráfico em face de jovens negros do sexo masculino: 87% dos presos em flagrante foram homens, 53,82% possuíam de 18 a 24 anos, 59% foram negros (pretos e pardos) e 41% brancos. 60,46% possuíam primeiro grau completo, 18,94% primeiro grau incompleto, 13,99% segundo grau completo e 5,07% segundo grau incompleto. 0,88% eram analfabetos e 0,6% tinham ensino superior completo ou incompleto. 57,28% não possuíam antecedentes criminais (JESUS, 2011).

Paralelamente, Rezende (2011, p. 6) atinge constatação similar e ressalta que, no que toca ao tráfico de drogas, o padrão da persecução penal revela que a criminalização secundária incide prioritariamente sobre “o pequeno traficante pobre, do sexo masculino, com nenhuma ou baixa qualificação profissional e que, em sua maioria, é usuário de droga, primário e não integrante de associação voltada para o tráfico”.

Nesse sentido, diante do predomínio da prisão em flagrante como ato inicial da persecução penal, Sinhoretto *et al.* (2014) anotam que essas prisões poucas vezes decorrem de investigação prévia e, mais frequentemente, decorrem da abordagem policial casual, de modo que o exercício de uma vigilância policial maior sobre a população negra reflete-se em uma maior concentração do número de prisões em flagrante sobre esse grupo¹⁰⁷. Assim, constata-se que, como consequência do descontrole do policiamento ostensivo e da precariedade da

¹⁰⁶ É curioso notar que o único caso em que a via pública não foi o local de maior incidência de abordagens foi o dos acusados brancos em Brasília (50% em residência contra 25% em via pública), sendo que Brasília foi a cidade em que se detectou mais ações da polícia civil (a PCDF fez 67% dos flagrantes de brancos e 58% dos flagrantes de negros; em Curitiba, 67% dos flagrantes de brancos e 80% dos flagrantes de negros foram feitos pela polícia militar e, em Salvador, 52% dos flagrantes foram feitos por policiais civis). Constatou-se que tanto a polícia militar, quanto a polícia civil, fazem mais flagrantes em via pública do que em residência, mas a diferença é sempre maior no que toca às ações da polícia militar. Assim, em Brasília, 94% dos flagrantes da PMDF ocorreram em via pública, contra 57% dos flagrantes da PCDF. Em Curitiba, 76% dos flagrantes da PMPR ocorreram em via pública, contra 55% da PCPR. Em Salvador, 83% dos flagrantes da PMBA ocorreram em via pública, contra 56% da PCBA.

¹⁰⁷ A partir de dados do sistema Infocrim do Estado de São Paulo, Sinhoretto *et al.* (2014) constataram que, entre 2008 e 2012, 54,1% dos presos em flagrante no Estado de São Paulo são negros, e 42,9% brancos (embora os negros na população paulista sejam 34,8% e os brancos 63,7%, de modo que, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos, 14 são presos, ao passo que, para cada 100 mil negros, 35 são presos). Dados similares foram obtidos em pesquisa sobre as ações da polícia militar de MG, em que, para cada 1.307 brancos presos em flagrante, o mesmo ocorre a 2.784,4 negros. No DF não havia dados sobre a variável cor/raça, inviabilizando a pesquisa.

atividade investigativa, “os grupos de menor poder possuem maior probabilidade de serem abordados, presos e condenados”, em um padrão de “direcionamento da vigilância policial para determinada camada da população, que por ser mais vigiada é também mais presa em flagrante ou morta pela polícia” (CAETANO *et al.*, 2014, p. 8).

Em tal cenário, verifica-se uma concentração injustificada da ação policial em face da juventude negra e pobre do país, que é diariamente interpelada pelo aparato policial sem que nem sequer haja aferição de qualquer impacto nos índices de controle criminal. Ao contrário, o que se verifica são índices desprezíveis de descoberta de condutas criminosas a partir das abordagens. A busca pessoal exploratória, portanto, insere-se na perversa dinâmica da criminalização pela vulnerabilidade: “as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização - mediante suas obras toscas - como seu inesgotável combustível” (ZAFFARONI, 2001, p. 47).

Nessa conjuntura, cabe assinalar que a flagrante ineficiência da busca pessoal já indica, por si só, que as “suspeitas” que têm subsidiado essas abordagens não são efetivamente “fundadas” em indícios objetivos da prática de conduta criminosa a ser investigada e reprimida, ao contrário do que requer o art. 244 do CPP. Por outro lado, a incidência prioritária da busca pessoal sobre a juventude negra e pobre evidencia não que as abordagens não são calcadas em critérios aleatórios ou randômicos, mas sim em critérios discriminatórios de distribuição do rótulo da suspeição, os quais por sua vez reforçam a estigmatização de seus alvos.

Deveras, ao analisar a incidência da busca pessoal, alcança-se uma conclusão aparentemente paradoxal: trata-se de medida acionada de modo concomitantemente generalizado e seletivo. Ao mesmo tempo em que atinge predominantemente inocentes, o que revela seu caráter meramente exploratório, também atinge, quase sempre, um mesmo alvo: o jovem negro e pobre. Assim, cumpre indagar: quais critérios têm permitido a prática da busca pessoal em alta frequência, com baixa eficiência e quase sempre em face do mesmo alvo?

2.5. Do faro à dura: o tirocínio policial entre a dificuldade da suspeição e a arte de suspeitar

No meio policial, o ato de suspeitar é considerado “‘uma atitude saudável’ de todo policial” (MUNIZ, 1999, p. 16). A prática da busca pessoal, por sua vez, é comumente associada à suspeição: inúmeros termos e expressões associados à ideia de suspeição são erigidas para fundamentá-la, tais como fundada suspeita, atitude suspeita, indivíduo suspeito, elemento suspeito, estado de suspeição, entre outros.

Contudo, apesar da centralidade da suspeição para o labor policial, há entre os policiais substancial dificuldade para identificar os critérios que orientam a suspeição. Embora a suspeita constitua “parte intrínseca do trabalho de polícia” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 38), o discurso sobre ela é muito pouco articulado: não é focalizado nem nos cursos de formação, nem nas documentações institucionais, nem nos processos de qualificação. A suspeição não é objeto de nenhuma definição clara e objetiva e seu significado é deixado “à mercê do senso comum, da ‘intuição’, da cultura informal e dos preconceitos correntes” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 54).

Identifica-se, pois, a delegação dos critérios de formação da suspeita às praxes informais dos policiais, o que tem por resultado a formação da suspeita a partir do tirocínio, “um ‘faro’, um sentido disseminado na cultura policial militar”, que, no entanto, varia “de acordo com o lugar, com a aparência pessoal, com os valores, crenças e experiências do policial” (COSTA, E., 2013, p. 94). Assim, a formação da suspeita estrutura-se sobretudo a partir de uma cultura informal e oculta difundida sem debate interno nas corporações policiais e sem fiscalização pelas agências de controle. No ponto, pondera-se que

sequer existe um discurso minimamente articulado sobre critérios de construção da suspeita, que explique com nitidez o que leva um policial a abordar e revistar alguém num ônibus ou na rua. Falas quase sempre evasivas, defensivas, sugerem a prevalência de critérios individualizados, “subjetivos”, “intuitivos”, não regulados institucionalmente – vale dizer, a ausência de parâmetros, até mesmo conceituais, que norteiem as decisões num espaço tão aberto ao exercício da discricionariedade policial. (RAMOS; MUSUMECI, 2004, p. 10)

Quanto ao ponto, Elizabete Albernaz observa que os critérios de suspeição que orientam a atuação policial proativa e determinam o foco da intervenção policial são justificados sobretudo pelo uso do “faro”, “tino” ou “tirocínio” do policial:

O “faro” é um atributo de proatividade, direcionamento da ação. Implica que o policial não esteja a esmo na rua, sem direcionamento, mas que ele esteja buscando algo. Como um “cão de faro”, o agente deve estar disposto a seguir ativamente os indícios que insinuam que uma determinada situação merece ser alvo da intervenção policial. (ALBERNAZ, 2015, p. 20)

Na língua portuguesa, tirocínio designa a “capacidade de discernimento” ou, ainda, a “prática, exercício preliminar indispensável ao exercício de uma profissão; experiência”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Em relação a esse segundo significado, é interessante notar que o termo *tirocinium*, em latim, seria o “aprendizado, noviciado” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.725) e tem correlação com o contexto militar e não remete à experiência do veterano (sentido corrente do termo entre os policiais brasileiros), mas sim à inexperiência

(HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.725). No vocabulário policial, em particular, o termo tem uma acepção específica, associada ao primeiro significado: o tirocínio designa a especial capacidade do policial em patrulha, desenvolvida a partir de sua experiência com o trabalho na rua, para identificar criminosos (SINHORETTO, 2014)¹⁰⁹.

Nesse passo, o tirocínio seria a habilidade policial que nortearia a diferenciação entre suspeitos e não-suspeitos e determinaria aqueles que devem ou não ser abordados, com base na identificação de “sutilezas em gestos e olhares que não são perceptíveis às pessoas comuns” (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 10). Assim, em manual de técnicas operacionais elaborado pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal de São Paulo, conceitua-se tirocínio como o “aprendizado policial que permite ao [policial] perceber antecipadamente se um indivíduo é suspeito, criminoso, ou se determinado local está seguro ou não, presente uma situação criminosa antes de ocorrer, possui um ‘olhar clínico policial’”¹¹⁰.

Nesse sentido, entende-se que

[a] *fundada suspeita* é fruto, segundo os interlocutores [policiais], da experiência que o policial adquire nas ruas para identificar um suspeito ao primeiro olhar e os signos da suspeição. Esta experiência adquirida é nomeada de *tirocínio policial*, uma qualidade positivada entre os interlocutores e construída mediante o “tempo de rua” que um policial possui. (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 9).

A identificação de ações, indivíduos e situações suspeitas se relacionaria então à “desconfiança” do policial (PINC, 2007, p. 9-10). E o tirocínio seria uma “capacidade de percepção diferenciada, adquirida durante o desenvolvimento constante da atividade policial” (NASSARO, 2003, p. 78) a qual permitiria identificar comportamentos suspeitos por meio da

do recruta: “tiro”, em latim, significa soldado jovem ou recruta e, assim, “tirocinium” remeteria à inexperiência do jovem recruta (FACCIOLATI, 1837, p. 901). Assim, na língua portuguesa, “tiro” também tem a acepção de “aquele que se inicia em alguma coisa; iniciante, aprendiz”, e “tirocinar” seria então o ato de “exercitar-se, praticar” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.725).

¹⁰⁹ No contexto estadunidense, a noção de que os policiais em patrulha possuiriam uma especial habilidade para detectar crimes e criminosos já chegou a ser associada a um suposto “sentido-aranha” (*spidey-sense*) dos policiais. Contudo, após o julgamento do caso *Rodriguez v. United States*, em 2015, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu que, para utilizar cães farejadores para revistar um veículo em uma *blitz* de trânsito, a polícia precisa demonstrar haver suspeita razoável de crime, e não agir com base em sua intuição. Ante o julgamento, o chefe de polícia de Ravenswood (envolvida no caso) replicou: “Eu penso que os policiais precisarão ser muito mais meticulosos e articulados em relação ao que fazem. Mas haverá casos em que eles perderão grandes possibilidades de apreender drogas, incluindo quando os policiais estão baseados em um instinto, intuição, ou ‘sentido-aranha’. Na maior parte das vezes, eles estão certos. Eles só não podem indicar exatamente o que desencadeia este ‘sentido aranha’. Eles apenas sabem que alguma coisa está errada.” (tradução livre). Cf. <http://www.wvgazettemail.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20150426/GZ01/150429327/200401175#sthash.K4ywozkU.dpuf>. Como se ressalta em um artigo didático sobre o tema disponibilizado no sítio eletrônico do *National Paralegal College*, de nada adianta o policial utilizar o seu “sentido-aranha” para proceder a abordagens e revistas de suspeitos, se não for capaz de articular fatos que motivaram a intervenção. Confira-se: http://nationalparalegal.edu/conLawCrimProc_Public/ProtectionFromSearches&Seizures/ExToWarrantReq.asp

¹¹⁰ Disponível em: <http://www.ibamsp-concursos.org.br/site/concursos/documento/703>. Acesso 27/4/16.

“análise sensorial detalhada do ambiente em que se encontra e da intuição”, transmitida do policial mais experiente ao novato. A intuição, por sua vez, seria a faculdade de perceber, discernir ou pressentir coisas, independentemente de raciocínio ou análise (AMARAL NETO, 2009, p. 39). Nesse sentido, Ribeiro (2009, p. 43-44) defende que tecnologias jamais poderiam substituir “a percepção e a perspicácia do bom policial, que lhe permitirão ‘separar o joio do trigo’, aqueles que deverão ser seguidos, aqueles que deverão ser objeto de uma melhor observação”. Tratar-se-ia de uma “‘paranormalidade’ ou algo não suscetível de ser ensinado”.

A ideia de que o tirocínio é embasado em uma especial habilidade do policial em patrulha de discernir entre criminosos e não-criminosos sugere a eficiência da intervenção policial nele embasada, uma vez que permitiria ao policial abordar apenas os criminosos, com alto índice de precisão. Assim, ao vincular-se à especial habilidade do patrulheiro para a identificação de situações, ações ou pessoas suspeitas, que demandam a intervenção policial, o tirocínio viabilizaria a intervenção “bem-sucedida”:

A materialidade do *tirocínio* é expressada quando o policial tem a habilidade de mapear lugares, horários, condições em que é possível realizar uma operação policial “bem sucedida”, bem como quando é capaz de avaliar a existência de armas ou de objetos ilícitos a partir de uma leitura dos movimentos corporais dos transeuntes ou dos motoristas. (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 10)

Como observou o orientador desta dissertação em aula da disciplina Inquérito Policial e Prova Ilícita, lecionada para alunos da Graduação em Direito na Universidade de Brasília, essa definição de tirocínio policial permitiria associar, em analogia, o policial em patrulha ao *sniper*, que se distingue dos demais combatentes por possuir uma especial capacidade de detecção de alvos em distância e, a partir de disparos altamente seletivos, acertar os alvos com um alto índice de precisão. Assim, ilustrativamente, um soldado comum precisaria efetuar 100 disparos para acertar 10 alvos em distância, ao passo que o *sniper* somente precisaria de 15 disparos para acertar os mesmos 10 alvos. Equivalentemente, então, o policial munido do tirocínio, assim como o *sniper* que acerta alto grau de precisão os disparos efetuados, teria um “olhar clínico” especialmente treinado que o tornaria capaz de identificar com alto grau de precisão os criminosos nos espaços públicos, submetendo-os à abordagem e à persecução penal.

No entanto, conforme elucidado acima, a partir da análise da quantidade de abordagens policiais realizadas e do número de crimes descobertos a partir de tais abordagens, não se verifica um alto grau de precisão, mas, ao contrário, um baixíssimo índice de eficácia da intervenção policial. Diante de tais números, pode-se concluir que os policiais em patrulha não atuam como *snipers*, pois suas intervenções são desprovidas de precisão e eficácia. As

estatísticas sugerem, noutro giro, que o policial patrulheiro não deve ser comparado com o *sniper*, mas, em sentido oposto, com o atirador que, municiado de uma metralhadora e diante de um alvo que não pode enxergar com nitidez, dispõe do armamento completamente carregado e procede a uma infinidade de disparos sem direção predefinida, sendo que algum deles eventualmente atinge o incerto alvo.

Forçoso reconhecer então que a prática de buscas pessoais não se ampara em um “olhar clínico” que ampararia “intervenções cirúrgicas” meticulosamente direcionadas a indivíduos envolvidos em práticas delituosas. No extremo oposto, verificam-se abordagens exploratórias e generalizadas que se reproduzem a despeito de sua acachapante ineficiência, em função da concessão de um amplo espaço de discricionariedade “que permite ao policial errar várias vezes, fazendo inúmeras abordagens, até que consiga alcançar seu ‘objetivo’ e, ao mesmo tempo, com um conjunto de informações que confirmam e reforçam estereótipos sociais sobre grupos sociais e lugares” (DUARTE *et al.*, 2014, p. 115).

Nesse passo, ao contrário do que a definição parece sugerir, o tirocínio não é erigido para justificar o uso seletivo da abordagem, mas, ao contrário, seu uso generalizado. Assim, o juízo de desconfiança policial amparado na percepção de detalhes ou sutilezas do ambiente, que seria norteado pelo tirocínio, deve ser desvelado como um juízo predominantemente falho ou, pior, como um juízo erigido em caráter meramente pretextual para ocultar a realização de buscas exploratórias, embasadas no mero arbítrio policial. Com efeito, quando as revistas se transformam em procedimento de rotina, “o refinamento existente na ‘percepção do policial experiente’ torna-se, de fato, um mito, pois não é necessário haver precisão nas abordagens de todos os passageiros do sexo masculino de um ônibus público” (DUARTE *et al.*, 2014, p. 94).

Em tal cenário, por outro lado, a “dificuldade da suspeição” aparece como o elemento explicativo para a incidência predominante da busca pessoal em face de indivíduos inocentes, com os quais não são encontrados quaisquer indícios de conduta criminosa. Nesse sentido, aduz-se que a polícia de fato aborda vários inocentes, o que não denotaria o uso de critérios discriminatórios, mas sim teria correlação com a necessidade de abordar em alta quantidade, diante de mera *dúvida*, com base no tirocínio: “‘É tino do polícia. Se desconfia tem que abordar. Mas, não nego que a maioria dos suspeitos é de cor e moram em bairros mais pobres’ (Observa a policial feminina da graduação de Sargento)”. (COSTA, E., 2013, p. 93).

No ponto, Evanira Costa (2013, p. 91) diagnostica em sua pesquisa que “muitas detenções para averiguação eram realizadas de maneira exploratória, sem a fundada suspeita”. Para tanto, argumenta-se que, diante da *dúvida*, o “elemento” deve ser abordado, revistado, e até mesmo conduzido à delegacia, a partir da justificativa da “dificuldade da suspeição”.

Argumenta-se então que “bandido não tem estrela na testa”, “uma vez que o simples ato de observar um indivíduo na rua não é suficiente para saber se ele é um desviante” (CAETANO *et al.*, 2014, p. 1). Nessa linha, a dificuldade de formação da suspeita com base na mera observação justificaria realizar abordagens como um instrumento para a posterior formação dessa suspeita. Identifica-se aí uma inversão completa do permissivo legal: “ao invés de a ‘fundada’ suspeita justificar a abordagem, é a necessidade da abordagem que pode ser justificada pela dificuldade de suspeição” (DUARTE *et al.*, 2014, p. 93)¹¹¹. Como resultado, a pretexto de descobrir os suspeitos ocultos entre a população, legitima-se a coerção generalizada.

Defende-se, então, que “[n]a visão do policial não há discriminação. O policial está na rua para preservar a ordem. Pior é deixar passar bandido... (Praça de BPM do Centro)” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 38). Nesse rumo, Ribeiro (2009, p. 81 e 92) acrescenta que o policiamento ostensivo provoca medo e desconfiança no próprio policial, razão pela qual defende que este deveria proceder à abordagem diante de qualquer suspeita: “não pode haver vacilo durante o serviço, se houver suspeita, deve-se abordar para que não seja surpreendido”.

Ainda, nessa argumentação, o suposto caráter *subjetivo* da suspeita é acionado para justificar a dificuldade de se delimitar e controlar a incidência da suspeição e, por conseguinte, para se delimitar e controlar o foco das abordagens aos suspeitos:

“Olha só: a abordagem é uma situação muito discutível porque a abordagem é uma coisa subjetiva. Às vezes uma coisa pode ser suspeita para mim, mas não pode ser suspeita para outra pessoa, vai depender do ponto de vista. Por exemplo, quando se faz uma abordagem dentro de um ônibus, quais são os elementos que vão levar a pessoa a ser abordada? A pessoa que está olhando para fora do ônibus, está de cabeça baixa, fingindo que está dormindo. Na rua, uma camisa grande pode estar escondendo arma, é uma coisa que já vai chamando a atenção. Aquele policial que está trabalhando no morro há muito tempo, ele tem mais condições de visualizar aquilo”. (Oficial de BPM do Centro). (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 37).

O reconhecimento de tal “dificuldade da suspeição” contrapõe-se, evidentemente, à crença no tirocínio como uma especial habilidade policial de detecção de atitudes e pessoas suspeitas (“arte de suspeitar”). A existência de uma especial habilidade policial de identificação

¹¹¹ Essa justificativa invertida para a abordagem policial é o cerne de um vídeo da PMDF, intitulado “Abordagem do futuro” e publicado em agosto de 2015. No vídeo, vê-se inicialmente um policial deixando a viatura, com a arma em punho. Em seguida, a perspectiva do vídeo altera-se para a visão do policial, em primeira pessoa. O policial enfoca os transeuntes e aparecem na tela seus dados pessoais e sua situação perante o sistema penal (procurado: sim ou não). Os primeiros quatro indivíduos enfocados não são procurados. Ante um quinto indivíduo, aparece na tela a informação de que se trata de um foragido. Indicadores ao redor da tela ficam vermelhos e a perspectiva do vídeo se altera: outra vez em terceira pessoa, o espectador assiste ao policial abordar o foragido: “Parado, é a polícia! Mãos na cabeça!”. Tal o desfecho, uma narradora esclarece: “No futuro talvez isso possa ser possível. Mas, hoje, não tem como o policial identificar quem é o cidadão de bem e quem está mal-intencionado. Por isso, não se sintam constrangido ao ser abordado. A abordagem policial é realizada para a sua segurança”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fWuydLK--O8>> Acesso em 25/4/2016

de suspeitos é frontalmente contrária à existência de uma dificuldade de identificação de suspeitos pelos policiais. Os discursos de defesa da suspeição formada com base no tirocínio são, pois, permeados por ambiguidades. Por um lado, argumenta-se que policial não tem “detector de bandido”, “não tem bola de cristal”, e que o crime “não está escrito na testa”, o que justificaria e explicaria o alto número de abordagens policiais realizadas em face de indivíduos inocentes. Por outro, aduz-se que o policial que trabalha em um determinado local sabe quem são os suspeitos e que “tem policial que tem estrela para farejar” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 38).

Portanto, os argumentos transitam entre dois opostos: o reconhecimento da *dificuldade da suspeição* e o elogio à *arte de suspeitar*¹¹². No entanto, há uma paradoxal convivência entre esses discursos, que são erigidos concomitantemente para justificar um mesmo pleito: a desregulamentação e o descontrole sobre os critérios de suspeição. Deveras, argumenta-se que, por ser orientado pelo tirocínio, o processo de concretização da suspeição seria “algo dificilmente passível de ser regulado” (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 10).

Nesse sentido, mediante entrevistas com policiais da PMMG, Caetano *et. al* (2014, p. 10) identificaram que muitos policiais acionam o tirocínio para suprir a falta de critérios para a formação da suspeita: “Difícil explicar. É muito do tirocínio policial”. Portanto, em se tratando de um saber informal desenvolvido a partir do fazer ostensivo, o tirocínio traz consigo a dificuldade de objetivação, descrição e regulação da suspeição e desencadeia a fragilização das possibilidades de planejamento, avaliação, monitoramento e controle interno da atuação policial, imunizados pelo *império do tático-profissional* (MUNIZ, 2012).

Ademais, nessa dinâmica, evidencia-se que, para a concretização da suspeita, os cursos de formação exercem pouca influência sobre o policiamento ostensivo, cujo alicerce principal tem sido a experiência profissional: “a atividade prática nas ruas é apontada como o meio pelo qual o fazer policial é atualizado e reatualizado através de um conhecimento sobre a conduta e o modo de ser do ‘tipo suspeito’” (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 10). Consequentemente, “para o próprio policial, muitas vezes, os cursos de formação e procedimentos de abordagens são substituídos pela intuição do profissional” (TERRA, 2010, p. 46). Assim, os policiais argumentam que, “quando saem dos cursos de formação muitos dos seus superiores os

¹¹² Essa argumentação dúplice não é nova. De acordo com Pinheiro (1982), sob o regime militar, eram realizadas sucessivas “batidas” no centro do Rio de Janeiro, as quais conferiam ao cidadão a obrigação de se identificar perante a autoridade. Nesse contexto, o comandante-geral da PMERJ, em 1981, já ressaltava que, como os policiais trabalham tanto com “marginais”, quanto com “gente boa”, os policiais precisam abordar e deter transeuntes como base na “observação pessoal e [n]a falta de documentos”. No entanto, após referir-se a tal dificuldade, o coronel já esboça a crença na eficiência do tirocínio: “O policial aprende a conhecer um bandido. O sujeito baixa os olhos, fica tenso. Raramente ocorrem equívocos” (PINHEIRO, 1982, p. 75).

aconselham a esquecer aquilo que foi dito nos cursos de formação” (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 10). No ponto, quanto à legitimidade do uso do tirocínio para a abordagem de suspeitos, Elcimar Lima (2011, p. 27) destaca:

[N]os cursos de formação a Polícia Militar do Pará não apóia essa atitude, de uma oportunidade intuitiva de realizar a busca pessoal, no entanto, na atividade prática isso ocorre cotidianamente e é incentivada pelos dirigentes da instituição, visto que a quantidade de abordagens realizadas é utilizada como critério de produtividade das guarnições e serviço.

Por conseguinte, o uso do tirocínio reflete a pouca relevância das orientações passadas aos policiais nos cursos de formação, já que a intuição e a experiência desenvolvida durante o fazer ostensivo sobrepõem-se a eventuais instruções e diretrizes a respeito das normas, direitos e procedimentos, as quais são mitigadas após o início da execução do serviço de rua com os policiais mais antigos das guarnições. Verifica-se, pois, uma “adoção da opção discricionária para praticar ilegalidades, contra a população” (COSTA, E., 2013, p. 103).

Nesse passo, a admissão da prática da busca pessoal com base no tirocínio é correlata à fragilização de seu permissivo legal e também do controle dos critérios norteadores da suspeição policial pelas instituições de controle. Portanto, a prática de buscas pessoais exploratórias não decorre propriamente do desconhecimento da lei ou da má formação policial, pois há uma opção deliberada e sistemática em abandonar os ensinamentos teóricos durante a praxe do fazer ostensivo em prol do uso do tirocínio, a qual é incentivada, chancelada ou, no mínimo, admitida pelas corporações e instâncias de controle.

2.6. Os alvos cotidianos da suspeição policial

Consoante acima esclarecido, a prática da busca pessoal como medida de polícia ostensiva ampara-se em um discurso muito pouco articulado acerca da noção de suspeição e em uma crença na eficiência do tirocínio policial. Não obstante, esta revela-se igualmente frágil e pouco articulada, o que permite identificar na suspeição policial um alto grau de subjetividade que a aproxima do senso comum. Assim, sob a roupagem de uma seleção tático-profissional, escondem-se os medos cotidianos da população.

A suspeição se revela então “uma construção política e dentro de um processo histórico, isto é, cada sociedade, em um determinado período, ‘produz’ um determinado

suspeito” (SILVA, G., 2009, p. 163)¹¹³. Nesse passo, para Luiz Eduardo Soares (2005, p. 11), a suspeição policial é “o medo fardado, armado, sublimado em linguagem técnica e destilado para servir de combustível à hostilidade profissional dos policiais”.

Quanto a esse particular, Evanira Costa (2013, p. 42) pondera que “o sentimento de suspeição está por toda parte, sustentando a sensação de insegurança, via relações sociais desconfiadas”, razão pela qual a suspeita, sempre presente, dá suporte à prática generalizada de abordagens policiais em alto número, em face de quaisquer indivíduos, condutas e atitudes que despertem a mais remota desconfiança no policial. Nesse sentido, Elcimar Lima (2011, p. 125) nota que a incidência da busca pessoal como recurso preventivo segue três elementos principais:

lugar suspeito (bairros periféricos, locais escuros, matagal, esquinas e ruas cheias de becos, que poderiam facilitar uma possível fuga), situação suspeita (pessoas circulando a pé, duplas de bicicleta ou motocicleta) e características suspeitas (cor da pele, jeito de andar, cabelos pintados, tatuagens no corpo, forma de vestir e brinco na orelha).

No mesmo sentido, Batitucci *et al.* (2014, p. 14) notam que a suspeição se ampara em dois tipos de indicadores interligados entre si: “ características do indivíduo (roupas, atitudes, reação à aproximação da polícia), bem como características relacionadas aos lugares ou territórios (alta criminalidade, grande disponibilidade de alvos, horário, etc.)”. Nenhum dos dois indicadores possui correlação com as condutas criminalizadas ou proibidas na ordem jurídica. Nesse contexto, não há impedimento ao uso de critérios preconceituosos para a abordagem, cujo critério norteador não é o “uso da informação investigativa de livre de preconceitos”, mas sim o “consenso de que determinadas características humanas se

¹¹³ Nesse contexto, é relevante a solicitação da produção de segurança por meio de mais abordagens a “suspeitos” por parte da população. Quanto ao ponto, Silva (2009) registra que, nos casos de solicitação de intervenção policial por telefone, de 2005 a 2007, no Distrito Federal, a solicitação de intervenção em função de “pessoa suspeita” é a segunda mais recorrente (8,88%), atrás apenas de vias de fato (35,31%). Nos casos de solicitação de abordagem a pessoa suspeita, são requeridas as informações referentes ao suspeito, sendo que em geral as características descritas “se aproximam do tipo peba” e não é necessária a apresentação de indícios da prática de crime: basta a “suspeição pura e simples” (SILVA, G., 2009, p. 147). Nesses casos, realiza-se a abordagem e, em geral, transmite-se a informação de que a situação foi averiguada e “nada foi encontrado”, ou, ainda, que nada foi encontrado e que o indivíduo abordado foi compelido a “circular”. Similarmente, Evanira Costa (2013, p. 51) nota então que, nas áreas do entorno de Salvador, a polícia expressa preocupação quanto aos “‘elementos’ que saem dessas áreas para praticar crimes”, razão pela qual, nas palavras de um soldado PMBA “nesses locais e nas vias de acesso, as abordagens ajudam a filtrar, a evitar problemas tanto para moradores, comerciantes e turistas, como para a própria polícia”. Assim, nas áreas privilegiadas da cidade, a polícia objetiva prevenir o crime a partir da presença, ao passo que, nas áreas periféricas, esse mesmo propósito enseja práticas de abordagens. Ademais, de acordo com Evanira Costa (2013, p. 48), é recorrente o atendimento de pedidos para que pessoas que possuem “características incompatíveis com a área” sejam “averiguadas”, em solicitações com “a presença de adjetivos que denotam expressões discriminatórias como: ‘pivete’, ‘flanelinhas’, ‘sacizeiros’”, as quais “são utilizadas pela população, para classificar pessoas que causam sensações de medo, incômodo e insegurança”.

apresentam incompatíveis com alguns ambientes específicos” (COSTA, E., 2013, p. 42). Como consequência, “o discurso policial não condiz com as expectativas dos cursos de aperfeiçoamento, ou seja, a prática de uma desvinculação do policial de pré-concepções que gerariam situações de discriminação e preconceito” (TERRA, 2010, p. 47).

No ponto, nota Sergio Adorno que a reconstrução democrática, porque acompanhada de diferentes clivagens, como cor, gênero, origem, idade, situação ocupacional, carência de profissionalização ou baixa escolaridade, convive com amplas parcelas da população excluídas dos direitos. Em virtude de estigmatizações¹¹⁴ e preconceitos, a exclusão é reforçada e permite reproduzir as hierarquias sociais na sociedade, com a identificação de “classes perigosas”. Em particular no tocante aos negros, nota Adorno que estes são percebidos pelo senso comum como “potenciais perturbadores da ordem social” (1996, p. 283), vale dizer, como suspeitos.

Nesse cenário, em um país marcado por alta desigualdade social e racial, a construção da suspeita com base em critérios subjetivos e no senso comum tende a se amparar na estigmatização de grupos e tipos marginalizados como potenciais criminosos, cristalizados como tipos ideais de suspeitos¹¹⁵. A suspeição repousa assim sobre uma conjunção de fatores subjetivos considerados de risco, sobre uma expectativa de ilegalidade definida por categorias “como idade, gênero, cor, classe social, geografia, vestimenta, comportamento e situação de policiamento” (TERRA, 2010, p. 78). Assim, as abordagens tendem a voltar-se contra grupos já objetos de exclusão, a qual é então reproduzida pela repressão policial:

Contudo, ainda que a prática da filtragem racial seja negada entre os interlocutores, muitos dos elementos que compõem a chamada *fundada suspeita* remetem a um grupo social específico, caracterizado pela faixa etária, pertença territorial e que exibe signos de um estilo de vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura “da periferia”. Conforme atestam os depoimentos, a vestimenta e a postura corporal são consideradas indícios empíricos a fundamentar a suspeita policial. (MOTA; SILVA; OVALLE, 2014, p. 9)

Nesse sentido, Caetano *et al.* (2014, p. 2) destacam que, embora os policiais argumentem que a suspeição tem por objeto a conduta e não um estereótipo, algumas falas e a própria análise da incidência da abordagem policial revelam que há tipos ideais de suspeitos que funcionam como “representações sociais indispensáveis na orientação do policial de linha

¹¹⁴ O estigma pode ser compreendido como a relação construída entre um atributo e um estereótipo, que faz com que um indivíduo que poderia ser facilmente recebido na relação social cotidiana seja encarado com desconfiança, como um perigo, em virtude de um traço que se sobrepõe a seus demais atributos (GOFFMAN, 2008, p. 14-15).

¹¹⁵ É comum a remissão dos policiais à metáfora do espelho (“a polícia como espelho da sociedade”). Trata-se de argumento que, contudo, não pode servir para eximir a responsabilidade da polícia por abordagens direcionadas por estereótipos discriminatórios. A polícia, como uma instituição estatal e profissionalizada, não pode embasar sua atuação, mormente mediante atos coercitivos e restritivos de direitos, em estigmas próprios do senso comum.

de frente”. Assim, a decisão de proceder à busca pessoal se ampara em “elementos de classificação dos indivíduos, por critérios subjetivos, baseados naquilo que os policiais percebem como indivíduo suspeito ou acima de qualquer suspeita” (COSTA, E., 2013, p. 86).

Quanto ao ponto, Terra (2010, p. 128) destaca que nas falas policiais aparece uma “relação estabelecida entre ser pobre, ser negro e ser bandido”, determinante para a construção da suspeição. Ramos e Musumeci (2005, p. 11) sentenciam então que a suspeição que embasa a abordagem policial aos transeuntes na rua é orientada “pelo preconceito contra o jovem, sobretudo do sexo masculino, pelo estigma aplicado aos pobres, e pelo racismo contra os negros”, o que “não é fiel à distribuição da prática de crimes, na sociedade, mas ao filtro que constrói a suposta realidade do universo criminoso”.

Nas entrevistas feitas por Ramos e Musumeci (2005, p. 40), os policiais foram unânimes em reconhecer que “jovens do sexo masculino, especialmente em grupo, chamam a atenção do policial”¹¹⁶ e, nas comunicações de rádio entre os policiais militares, aferiu-se que há uma referência recorrente à percepção de um “elemento suspeito de cor padrão”, expressão que sugere inequívoca seletividade racial na formação da suspeição policial¹¹⁷. Nesse passo, a despeito dos esforços para desvincular a suspeição da pessoa do indivíduo abordado e associá-la à conduta objetiva do abordado, Ramos e Musumeci destacam que idade, gênero, classe social, raça/cor e local de moradia são “variáveis que intervêm na construção da suspeição policial” (2005, p. 39)¹¹⁸. Assim, a suspeição é formada a partir de um juízo de não-pertencimento ou de estranheza provocada pela presença de determinado indivíduo em determinado local.

Quanto ao ponto, Gilvan Silva (2009) destaca que há um tipo ideal de indivíduo suspeito construído em oposição ao tipo ideal de vítima (indivíduo não-suspeito). O tipo ideal do não-suspeito seria “a figura da mulher, branca, idosa trajando roupas que estejam dentro do

¹¹⁶ Registrou-se baixo índice de abordagens e revistas de mulheres, com frequente remissão ao art. 249 do CPP. Este parece ser uma “regra de ouro”: “A difusão e a universalidade da norma segundo a qual ‘um policial não pode revistar uma mulher’ surpreende num contexto em que os rompimentos de regras e adaptações ao contexto são consideradas justificáveis pela ‘guerra contra o tráfico e o crime’” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 42).

¹¹⁷ As autoras registram que, no que toca à raça/cor, aparecem as maiores dificuldades, resistências e hesitações do discurso policial. O fato de a composição da PM ter forte presença de negros é frequentemente utilizado para obstaculizar a discussão sobre racismo na corporação. Além da evitação pura e simples do assunto, os policiais também expressam dúvida, perplexidade ou até reconhecimento de um problema racial na relação entre a polícia e os cidadãos. De modo geral, os policiais argumentaram o racismo é problema ultrapassado. Alguns assumiram que a cor é um fator da apresentação pessoal e que, assim, poderia ser uma variável significativa da suspeição.

¹¹⁸ Tanto um negro pobre na Zona Sul (área nobre), quanto um branco rico em uma favela seriam suspeitos: “um jovem negro e pobre andando a pé em um bairro de classe média é visto pela polícia como provável assaltante ou traficante, tornando-se candidato a uma abordagem violenta, enquanto um jovem branco com aparência de classe média, em um carro, dentro ou próximo de uma favela, é visto como possível usuário adquirindo drogas e torna-se candidato à extorsão”. (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 78). Quanto a abordagens em favelas, um policial aduziu: “a diferença é que no morro todos são suspeitos. Até uma menina de 12 anos é suspeita, pois nós vimos uma portando um fuzil, mesmo sabendo que tem gente boa lá” (RAMOS; MUSUMECI, 2004, p. 36).

esperado para uma senhora (saias longas, camisas com mangas, sem maquiagem ou com maquiagem discretas, entre outros)” (SILVA, G., 2009, p. 98), o qual enseja intervenções de auxílio e orientação. Por outro lado, o suspeito é “a pessoa que infunde dúvidas acerca de seu comportamento, ou que não inspire confiança em relação ao lugar onde se encontre, o horário e outras circunstâncias” (SILVA, G., 2009, p. 75). Seus tipos ideais são influenciados por percepções de gênero, raça, geração e cultura e, como resultado, “o foco das interações é, geralmente, o mesmo: *os pebas*, os ‘vadios’, entre outros”. (SILVA, G., 2009, p. 97).

Nesse passo, no cenário atual, “o tipo ideal do indivíduo suspeito” é o *peba*, materializado na “figura do homem, pobre, jovem, com tatuagem/brincos e negro que traja roupas folgadas (bermudão e camisa com número nas costas e, geralmente, do grupo musical RACIONAIS MC’s) com boné” (SILVA, G., 2009, p. 98). O mesmo diagnóstico é alcançado por Queiróz (2014, p. 1), que nota que “[n]a polícia ostensiva a característica do sujeito a ser abordado é descrito como homem de pele escura, tatuagens, normalmente de classe baixa”. Assim, um dos policiais da PMMG entrevistados por Caetano *et al.* (2014, p. 12) sintetiza: “‘Se está vestindo camisa de time, bermuda, boné de aba reta [...]’. ‘Normalmente eles são jovens em sua maioria, vestem um tipo de roupa, bermudão e camiseta, tipo de basquete e possuem o cabelo descolorido e um corte exótico de cabelo’.” Parece, afinal, que esse jovem possui, “na visão dos policiais, uma estrela na testa que determina sua condição de suspeito” (2014, p. 14).

As abordagens são então guiadas por preconceitos sociais, em especial contra jovens negros e pobres cujos trejeitos indiquem afinidade com o *hip hop*, disseminados na corporação como alvos potenciais e preferenciais de abordagens por meio do chamado *currículo oculto*:

É por meio do currículo oculto que o(a) aluno(a) em formação ouve pela primeira vez no meio policial, a categoria *kit peba*. Em algumas aulas, há até a caracterização do gestual do *peba*. O tipo de andar, o tipo de roupa, a linguagem, entre outros. Nesse contexto, há o ensinamento de situações em que houve abordagem desses indivíduos e logrou-se êxito. Há também os relatos de policiais que foram surpreendidos em ocorrências e essas informações são constructos empíricos que agem por meio do medo policial e da técnica adquirida do cotidiano policial (SILVA, G., 2009, p. 75).

Quanto ao ponto, cabe registrar que, como a suspeição é historicamente construída, há “‘resquícios’ da suspeição anterior no contexto social da suspeição posterior.” (SILVA, G., 2009, p. 144). Portanto, se no período imperial e no início do período republicano a repressão se direcionava aos vadios e capoeiras, hoje a repressão se concentra contra os “pebas”, tipos ideais que têm em comum a negritude como um signo de suspeição. Nesse passo, a despeito de a raça ser negada como um critério determinante, a suspeição se direciona precipuamente ao estereótipo do jovem negro (DUARTE *et al.*, 2014, p. 115-116), identificado a partir do

“território de residência, vestimenta, ‘estereótipos’ explicitamente ensinados a policiais em processo de treinamento e identificação de outras características que vinculam sinais culturais ao ‘estilo de vida’” desse indivíduo (BATITUCCI *et al.*, 2014, p. 17).

Portanto, de mais a mais, nos estudos mencionados, conduzidos em Curitiba – PR, Brasília – DF e Salvador – BA (DUARTE *et al.*, 2014), Minas Gerais (BATITUCCI *et al.*, 2014), Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro (SINHORETTO *et al.*, 2014), Brasília – DF (SILVA, G., 2009), Cuiabá e Várzea Grande – MT (QUEIRÓZ, 2014), Rio de Janeiro – RJ (RAMOS; MUSUMECI, 2005), Araraquara – SP (TERRA, 2010), São Carlos – SP (RIBEIRO, 2009), Belo Horizonte – MG (CAETANO *et al.*, 2014), Salvador – BA (COSTA, E., 2013; AVELAR, 2016), Recife – PE (BARROS, G., 2008) e Belém – PA (LIMA, E., 2011), desenhasse um tipo ideal de suspeito: um jovem, negro, do sexo masculino, muitas vezes com sinais indicativos do pertencimento à periferia e de proximidade ao *hip hop*, que seria alvo provável de abordagem policial em qualquer desses locais.

Por conseguinte, uma vez despida dos esforços de racionalização técnica, a suspeição amparada no tirocínio é desvelada como um juízo de não-pertencimento ou de estranheza arquitetado a partir de estereótipos e preconceitos difundidos no senso comum e realimentados pelas práticas policiais. O mesmo desconhecido que potencializa o medo e a insegurança conforma a suspeição policial, a qual justifica, por sua vez, o exercício da coerção e a restrição de direitos fundamentais. Portanto, ao cabo, desvela-se a suspeição como um mecanismo de visibilização de tipos sociais que em regra são invisíveis ao Estado: inseridos em uma situação de vulnerabilidade, estão marginalizados do foco das políticas públicas e das arenas de representação política, mas, uma vez detectados como “destoantes” em determinada conformação espacial, tornam-se de pronto visíveis, exatamente por meio do filtro da suspeição.

Esse direcionamento da suspeição resulta na seleção de indivíduos estigmatizados como potencialmente criminosos e só muito vagamente pode ser relacionado à possível prática de um crime. Portanto, a falta de regulamentação, fiscalização e controle da busca pessoal é paralela à utilização de critérios subjetivos para construção da suspeita, os quais dão azo à seleção discriminatória de seu foco de incidência. Como consequência, a abordagem policial reproduz estigmas socialmente arraigados, ao mesmo tempo em que contribui para reforçá-los.

2.7. Indivíduo suspeito ou atitude suspeita?

A despeito do direcionamento da abordagem policial a tipos sociais determinados, é comum entre as corporações policiais a concepção de que a suspeição não se direcionaria a

indivíduos suspeitos, a partir de critérios discriminatórios subjetivos, mas apenas a *atitudes suspeitas*, a partir de critérios profissionais objetivos. Uma tentativa de separar hermeticamente o “indivíduo suspeito” da “atitude suspeita” é, pois, disseminada entre as polícias, nas quais ecoa repetidamente a assertiva de que “não existe indivíduo suspeito, mas sim atitude suspeita”.

No particular, Ribeiro (2009) esclarece que o mantra da inexistência do indivíduo suspeito é repetido nas corporações policiais brasileiras, pelo menos, desde 1998, pois, embora o advento da CF/88 não tenha trazido alterações substanciais às práticas policiais, houve um esforço de alteração dos termos utilizados para nomear e descrever as práticas policiais. Nesse passo, não se deveria falar mais em “elemento suspeito”, mas sim em “cidadão em atitude suspeita”, a fim de conferir uma aparência “humanizada” ao tratamento dado ao abordado:

A última alteração curricular referente a abordagem policial ocorreu em 1998, com a incorporação de práticas do “Método Giraldi”. Antes disso, a orientação maior aconteceu logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e correspondeu apenas à maneira de se dirigir ao abordado, que deveria ser chamado de cidadão, e não mais de por gírias, alcunhas ou apelidos; também estava proibida a nomenclatura de *elemento suspeito*, até então usada, que passou a ser *cidadão em atitude suspeita*. Foi a forma encontrada para “humanizar” o abordado... (RIBEIRO, 2009, p. 54)

No entanto, a mudança na nomenclatura, desacompanhada de alterações efetivas das práticas policiais, exige ressaltar que a mera alteração da denominação não altera o próprio fenômeno, que pode remanescer seguindo os mesmos critérios de outrora. Interessante notar, no ponto, que a remissão à percepção de “atitude suspeita” para justificar a abordagem não é apenas posterior à CF/88: na análise de processos referentes a atos infracionais praticados por adolescentes entre 1968 e 1988. Batista (2003) identifica que já era uma constante o aparecimento da expressão “atitude suspeita” nos depoimentos dos policiais.

O mantra da inexistência do indivíduo suspeito ressoa com vigor entre as corporações policiais. Já nos cursos de formação, ensina-se que não há indivíduos suspeitos, mas sim pessoas em atitudes suspeitas. Assim, em questionário aplicado a 309 integrantes da PMESP em 1997, “mais de 50% dos policiais responderam conforme preconizam os manuais, repetindo o que ouviram por diversas vezes nos cursos de formação: não existe pessoa suspeita, mas pessoas em atitudes suspeitas” (RIBEIRO, 2009, p. 55).

Na pesquisa feita por Lívia Maria Terra, em Araraquara (SP), todos os policiais militares entrevistados afirmaram que o indivíduo suspeito não existe: repetiu-se a fala constante de que “não há indivíduo suspeito para a polícia militar, apenas atitudes suspeitas” (TERRA, 2010, p. 80). Essa mesma afirmação apareceu nas entrevistas de policiais realizadas por Ramos e Musumeci no âmbito da PMERJ: “para a PM não existe pessoa suspeita, apenas

atitude suspeita” (2005, p. 38). Também Mota, Silva e Ovalle (2014, p. 10) identificam que, para os policiais, “mais do que ser apenas um *elemento suspeito*, o indivíduo deve estar em *atitude suspeita*”. Nesse mesmo sentido, Franco Nassaro (2003, p. 78) argumenta que, a despeito da incorporação da expressão “indivíduo suspeito” ao linguajar policial e popular, “o que existem são atitudes suspeitas e não pessoas propriamente suspeitas”.

A atitude suspeita substitutiva do indivíduo suspeito seria, por sua vez, da ordem do detalhe e da sutileza e, assim, perceptível especialmente a partir do tirocínio desenvolvido pela experiência profissional do policial. A menção à atitude suspeita envolve então uma tentativa de objetivar a suspeição e afastar possíveis critérios discriminatórios relacionados a características pessoais do indivíduo. Para tanto, associa-se a percepção da “atitude suspeita” à percepção da sutileza, do detalhe, do quase-imperceptível que, embora de difícil apreensão e descrição, desperta a desconfiança policial e justifica a abordagem.

Nesse sentido, Ribeiro (2009, p. 52) defende que atitude suspeita é a “atitude estranha ou incoerente, que desperte o interesse e a atenção do policial” e Terra (2010), por sua vez, observa que ela “seria descrita a partir de um olhar, um gesto, uma alteração [...] que sugeririam, eventualmente, um comportamento desviante e desarticulado do restante da sociedade”:

“Às vezes, um indivíduo em um local se torna suspeito porque ele não é compatível com aquele local. Isso vai depender do momento [...] De repente, naquele momento que eu estou trabalhando aquela pessoa suspeita, se tornou suspeita para mim por algum detalhe, eu acabo abordando aquela pessoa. É lógico que se a pessoa tem tatuagens, se a pessoa com determinado tipo de vestimenta acaba chamando mais a atenção [...]” (Cabo PM – 13ºBPM com oito anos de profissão e vinte e oito anos de idade). (TERRA, 2010, p. 48)

Ramos e Musumeci (2005) aferem então que variáveis como vestuário, comportamento, situação geram apreensões sutis que desencadeiam a suspeição policial: aparência, olhar, semblante, situação seriam variáveis de difícil descrição incorporadas à experiência policial que norteariam a suspeita. A reação do indivíduo à presença policial também é relevante: qualquer sinal de desconforto é interpretado como fator de suspeição.

Entre os policiais, entende-se assim que “a atitude suspeita é um gesto de anormalidade” (JESUS, 2011, p. 36), o que evidencia a formação da suspeição com base em convicções subjetivas e meramente intuitivas do policial acerca dos padrões de ocupação social dos espaços públicos urbanos. A noção de impropriedade ou inadequação da presença ou da conduta em determinadas condições de tempo e espaço é então tida como determinante: “No meio policial é considerada suspeita a pessoa que apresenta comportamentos estranhos, bem como atitude não compatível com determinada situação” (CAETANO *et al.*, 2014, p. 12).

Assim, Pinc (2006, p. 34) obtempera que “embora a suspeita esteja fundada na atitude, é o fator comportamental associado ao fator ecológico que despertará a atenção do policial”.

Verifica-se então uma tentativa de objetivação da conceituação da atitude suspeita. Não obstante, trata-se de mero golpe de cena. A atitude suspeita que ensejaria a coerção policial seria aquela caracterizada como estranha ou destoante em determinado contexto, detectada pela observação de detalhes e sutilezas. Contudo, esse juízo de estranheza e não-pertencimento que guia a suspeição tende a conduzir a um tipo ideal de suspeito, que é aquele indivíduo marginalizado e excluído que desperta medo e desconfiança e deve ser extirpado dos locais públicos de convivência em função do risco a ele atribuído. Um indivíduo encarado como não pertencente a determinado local provoca estranheza e qualquer “atitude” sua pode ser pretextualmente interpretada como um sinal de anormalidade. Assim, embora sugira objetividade, “a *atitude suspeita* carrega um forte conteúdo de seletividade e estigmatização” (BATISTA, 2003, p. 103/104) e constitui um primeiro filtro de seletividade do sistema penal.

Nesse cenário, o uso reiterado da expressão *atitude suspeita* parece refletir alguma cautela em não explicitar a seletividade discriminatória da suspeição policial e, por conseguinte, da incidência do sistema penal. Trata-se, com efeito, de uma justificativa sintética e lacônica para a abordagem policial, que oculta maiores detalhes sobre as razões em que ela se embasou e que permite esconder os estereótipos e preconceitos que poderiam direcioná-la. Configura um recurso de linguagem para ocultar que suspeita é a pessoa abordada e não sua conduta objetiva:

Analisando a fala dos policiais o que se vê é que a ‘atitude suspeita’ não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do ‘fazer algo suspeito’, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres, pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol”. (BATISTA, 2003, p. 103)

A remissão abstrata ao “indivíduo em atitude suspeita” parece então servir para extirpar os rastros de discriminação dos registros da persecução penal. A seletividade da incidência da repressão penal, assim, não é escancarada: as falas e discursos de policiais, juízes e promotores, registradas nos processos são assépticas e sintéticas e denotam “um cuidado e uma uniformização feitas a partir dos dispositivos legais” (BATISTA, 2003, p. 131). Os critérios de distribuição do rótulo da suspeição a determinadas atitudes são ocultados e não submetidos ao controle externo ou ao debate público, o que é viabilizado pela crença no tirocínio como especial capacidade do policial de detectar atitudes suspeitas. Nesse cenário, as sutilezas e os detalhes que constituiriam a atitude suspeita e embasariam a intervenção policial

mais parecem fundamentos pretextuais para obliterar os critérios que efetivamente norteiam o direcionamento da abordagem a tipos ideais de suspeitos. A relação oculta entre o indivíduo suspeito e a atitude suspeita parece então ser desvelada por Paulo Rogério Farias Medeiros¹¹⁹, que esclarece: “Obviamente um ‘suspeito’ estará em “atitude suspeita” (2010, p. 50).

O dogma da inexistência do indivíduo suspeito e da existência de meras atitudes suspeitas é, pois, paradoxalmente acompanhado por uma ideia de periculosidade no discurso policial, o qual vincula determinados grupos ao risco de criminalidade por meio da noção de suspeição. Com isso, a incansável repetição do mantra da inexistência do indivíduo suspeito se dá paralelamente à incidência cotidiana da busca pessoal sobre tipos sociais específicos, sobre os quais a suspeição recai com frequência desproporcional. O diagnóstico é, pois, irrefutável: o indivíduo suspeito existe e é cotidianamente interpelado pelo aparato policial.

Pode-se então observar que a recorrente remissão à atitude suspeita como justificativa para a abordagem policial tem três características centrais. Em primeiro lugar, aproxima-se da dicção do art. 244 do CPP e confere, em uma leitura superficial, legalidade aparente às abordagens. Em segundo lugar, é lacônica e genérica o suficiente para ocultar os estigmas e preconceitos que guiam intervenções discriminatórias e excludentes. Por fim, constitui uma justificativa que remete ao tirocínio como capacidade técnico-profissional de direcionamento da suspeita, a qual a neutraliza de questionamentos a respeito de sua validade jurídica.

2.8. Efeitos colaterais da seletividade discriminatória: o risco da desconfiança recíproca e do desvio secundário (*self-fulfilling prophecy*)

O *modus operandi* das polícias brasileiras, assimétrico, estigmatizante e pouco transparente, não tem despertado a confiança por parte da população. Conforme os dados colhidos na pesquisa Índice de Confiança na Justiça brasileira (ICJBrasil)¹²⁰, realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) desde 2009, a instituição policial é tida pela população como uma das menos confiáveis no país.

Compulsando os relatórios da pesquisa ICJBrasil divulgados entre 2011 e 2016, constata-se que o percentual de brasileiros que confiam na polícia gravita entre 25% (menor percentual, aferido no último relatório, relativo ao primeiro semestre de 2016 – cf. CUNHA *et*

¹¹⁹ À época da elaboração da obra citada, Medeiros era oficial da Brigada Militar do Rio Grande do Sul (BMRS).

¹²⁰ Levantamento estatístico qualitativo feito inicialmente em sete Unidades da Federação (Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal) e, a partir do segundo trimestre de 2012, também no Amazonas, com o objetivo de acompanhar o sentimento da população em relação ao Judiciário.

al., 2016) e 39% (maior percentual, aferido no segundo e terceiro trimestres de 2012 – cf. (CUNHA *et al.*, 2012b). Por outro lado, a partir do primeiro trimestre de 2012, a pesquisa, em relação à confiança na polícia, passou a registrar não só o percentual geral de confiança (38%), mas também os resultados obtidos conforme critérios, como gênero, renda, idade e escolaridade dos entrevistados. Com isso, constatou-se que, quanto maior a renda, a idade e a escolaridade, maior é a confiança depositada na polícia, ao passo que os brancos e amarelos tendem a confiar mais na polícia (43%) do que os negros, pardos e indígenas¹²¹ (35%) (CUNHA *et al.*, 2012a).

Foram alcançados resultados semelhantes na pesquisa de Indicadores de Percepção Social (SIPS) realizada em 2011/2012 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Constatou-se que 62% dos brasileiros confiam pouco ou não confiam nas polícias militares e 60,2% confiam pouco ou nada confiam nas polícias civis. 53,5% discordaram da afirmação de que os policiais respeitam os direitos dos cidadãos. 59% discordaram da assertiva de que os policiais têm boa formação e são bem preparados (IPEA, 2012). Observou-se também que o percentual de confiança nas polícias militares tende a aumentar conforme maior a idade e que a raça também interfere na análise dos entrevistados. Quando perguntados se os policiais militares são respeitosos ao executarem abordagens nas ruas, 54,5% dos não-brancos responderam negativamente, o que aconteceu entre 47,2% dos brancos. Além disso, 63,5% afirmaram crer que os policiais tratam as pessoas com preconceito – “de forma diferenciada dependendo da cor da pele, da posição social, da idade, da orientação sexual” (IPEA, 2012).

Em relação aos entrevistados que já passaram por algum atendimento policial, 12% declararam ter tido algum problema – “ter sido ameaçado, extorquido, ofendido verbalmente ou mesmo agredido fisicamente por policiais” – e 74,1% fizeram uma avaliação positiva. Por outro lado, quando indagados especificamente em relação à submissão a uma abordagem policial, seja ela em via pública ou em *blitz* de trânsito, 13,1% relataram ter tido problema com policiais e apenas 37% avaliaram positivamente a experiência (IPEA, 2012)¹²².

¹²¹ A repartição racial utilizada na pesquisa, que separa negros e pardos, contrasta com a repartição oficial utilizada pelo IBGE e positivada na Lei n. 12.288/10 (Estatuto da Igualdade Racial), a qual agrupa pretos e pardos como negros (art. 1º, parágrafo único, IV: “população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”). Cf. também Anuário Estatístico do Brasil, disponível em http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_2014.pdf Acesso em 27/01/17.

¹²² Na pesquisa feita por Ramos e Musumeci (2005) no RJ, 49,6% dos entrevistados opinou que a PMERJ tem pouco ou nenhum respeito aos cidadãos, 48,5% opinou que a PMERJ é pouco ou nada eficiente em suas ações, e 56,9% opinou que a PMERJ é muito violenta. Para 80%, mais jovens são mais abordados que os mais velhos, e mais da metade dos entrevistados com idade inferior a 30 anos disse ter pouca ou nenhuma confiança na instituição. Por outro lado, 60% aduziram que as abordagens são determinadas pela aparência física (para 40,1%, pela cor da pele, e para 19,7%, pela vestimenta) e também 60% opinaram que negros são mais abordados que brancos. Para 43% dos entrevistados, a PMERJ é muito racista, e, para 30%, é mais racista que o restante da sociedade.

Para Rafael Alcadipani (2013), essa desconfiança decorre da baixa taxa de solução de crimes, da burocracia e da ineficiência da atuação policial e da imagem de violência e injustiça frequentemente relacionada às polícias, sobretudo as militares. De outra parte, a desconfiança e a falta de reconhecimento social em relação às polícias reverbera nas corporações policiais e impacta diretamente a abordagem policial. A compreensão do trabalho policial como uma atividade injusta e violenta e, mais, como “trabalho sujo” desencadeia o emprego de recursos de poder à disposição do policial como uma forma de expressão e de autoafirmação, vale dizer, de se fazerem ouvir (MATOS, 2012). Paradoxalmente, pois, o incômodo com a percepção social da corporação como instituição injusta e violenta acarreta o recurso ao abuso de poder como válvula de escape dos policiais diante do déficit de reconhecimento social. Um dos modos pelos quais os policiais podem responder a esse incômodo é pelo uso da abordagem como mecanismo de intimidação de indivíduos rotulados como suspeitos.

O uso de recurso de força, contudo, intensifica a desconfiança em relação à instituição. Nesse sentido, Gláucio Soares (2013) observa que as pessoas que sofreram alguma agressão (física ou verbal) de policiais, têm o dobro de desconfiança em relação a essa instituição em relação às nunca agredidas. De fato possível entrever o impacto desse fator na percepção da atuação da polícia a partir dos resultados obtidos pelas pesquisas da FGV e do IPEA, que exibiram mais alto nível de desconfiança entre os entrevistados de baixa renda e entre negros e indígenas, historicamente discriminados pelas polícias (SOUZA; MINAYO, 2013, p. 113-114).

Nesse cenário, verifica-se que os grupos e categorias sociais enquadrados como presumidamente suspeitos relacionam-se com a polícia a partir de uma desconfiança mútua, o que tem o condão de repercutir na reprodução da violência. Deveras, a desconfiança causa um desestímulo à procura pela polícia diante do cometimento e de crimes e, em contrapartida, um incremento no exercício arbitrário das próprias razões (ALCADIPANI, 2013), o que significa ainda mais violência. Por essa perspectiva, ante o uso generalizado da busca pessoal, é preciso refletir não apenas sobre a sua ineficiência para seus objetivos declarados, mas também sobre o risco de que o uso arbitrário de tais buscas reforce a desconfiança entre polícia e abordados.

Por outro lado, cabe acrescentar que, sob essa conformação, a atuação policial perpetua e reproduz estigmas e concepções discriminatórias, em vez de se vincular à prevenção e à apuração de delitos. Estabelece-se uma dinâmica de diferenciação e distanciamento entre os policiais e os “estranhos”, os quais “inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos (ZAFFARONI, 2013, p. 22).

Com isso, a atuação das polícias, que dá pontapé à atividade do sistema penal, não apenas gere, mas constrói e produz o rótulo da suspeição, pois “os policiais também, ao

(re)produzirem poderes, estão (re)produzindo saberes” e medos coletivos (SILVA, G., 2009, p. 18 e 30). A prática regular, cotidiana e rotineira de atos policiais que pressupõem a suspeição do indivíduo abordado constrói, no imaginário social, tipos individuais ou de conduta identificados como suspeitos. Tais práticas policiais podem então contribuir para confirmar e reforçar determinados rótulos e estigmas incidentes sobre algumas categorias de pessoas identificadas como suspeitas e associadas a um potencial perigo ou ameaça.

Deveras, de acordo com a teoria interacionista do desvio, o caráter *desviante* de um ato não decorre de uma característica a ele intrínseca, mas sim é determinado pelo modo como se reage a ele (BECKER, 2008). A mesma observação pode ser feita quanto ao caráter *suspeito* de uma situação, pessoa ou atitude. Portanto, é importante ponderar que as práticas policiais embasadas no rótulo da suspeição podem dar ensejo ao chamado desvio secundário, que é o resultado da reação do indivíduo à atribuição do *status* de desviante a si próprio: a partir do momento em que o indivíduo é reiteradamente rotulado e tratado como potencial criminoso pelo aparato policial, ele pode, em reação, passar a agir como tal, o que configura o desvio secundário. A dinâmica do desvio secundário é assim sintetizada por Edwin Lemert:

(1) desvio primário; (2) penalidades sociais; (3) outro desvio primário; (4) penalidades sociais mais severas e rejeições; (5) outro desvio, talvez com hostilidades e ressentimentos começando a se focar contra aqueles incumbidos das penalidades; (6) crise do nível da tolerância, expressada na ação formal da comunidade de estigmatizar o desviante; (7) intensificação da conduta desviante como uma reação à estigmatização e às penalidades; (8) aceitação derradeira do *status* social desviante e esforços para se ajustar ao padrão de seu respectivo papel social. (LEMERT, 1951, p. 77, tradução livre)

A aposição reiterada do rótulo da suspeição a determinado indivíduo tem o condão de pôr em marcha então a chamada profecia autorrealizante (*self-fulfilling prophecy*), em que se produz o desvio secundário. Nesse rumo, há uma afinidade entre práticas policiais orientadas pelo critério da suspeição e tipos estigmatizados como potencialmente criminosos, as quais contribuem para lhes fixar o rótulo de “marginais”, “violentos”, “bandidos”. Em reação a tal rotulação, os indivíduos interpelados podem, em um cenário de dissolução dos vínculos sociais e das perspectivas de vida, passar a agir em confirmação e consolidação do referido rótulo.

Nesse passo, Michel Misse (2010, p. 18) identifica uma afinidade entre certas práticas criminais (aquelas que provocam generalizada sensação de insegurança nas cidades)¹²³ e certos tipos sociais, de agentes que são “demarcados (e acusados) socialmente pela pobreza, pela cor

¹²³ Aqui, pode-se recorrer à noção de “violência urbana”, que, cf. Machado da Silva (2004), é associada a crimes que ameaçam a integridade física e patrimonial e definem o objeto principal da segurança pública (FREIRE, 2009).

e pelo estilo de vida”. Para Terra (2010), a junção dessas categorias dá forma ao que chama de *identidade bandida*, criada historicamente por um grupo social para designar um outro grupo como potencialmente criminoso, o qual no caso do Brasil é identificado por caracteres físicos e, sobretudo, pela negritude, associada à periculosidade inata. Por essa ótica, a intervenção policial excessiva e reiterada orientada pela suspeição pode ser desvelada como um dos possíveis fatores que podem contribuir para a produção do chamado “sujeito criminal”, ou, na linguagem coloquial, para a produção do “bandido”¹²⁴, o qual, de fato, “é produzido pela interpelação da polícia, da moralidade pública e das leis penais”, em uma dinâmica de “incriminação preventiva de certos ‘tipos sociais’” (MISSE, 2010, p. 17-18).

Nessa perspectiva, o risco de intensificação da desconfiança em relação às polícias e o risco de produção do desvio secundário são dois elementos que não podem ser ignorados no estudo das práticas policiais coercitivas embasadas no rótulo da suspeição – tal como a busca pessoal. Ao contrário, são possíveis consequências negativas que devem ser consideradas, ponderadas e mensuradas no momento de definição das táticas e estratégias de policiamento.

2.9. Conclusão parcial: a fragilização da cidadania civil e a busca pessoal no nível do “pior desempenho possível” da atuação policial

Uma vez que os agentes policiais são, em regra, os representantes estatais mais presentes na vida social, a relação entre a polícia e os indivíduos é estratégica para compreender o grau de efetividade da cidadania, notadamente no que toca à fruição dos direitos civis em uma perspectiva de defesa perante o aparato estatal. A avaliação da atuação policial, portanto, é central à aferição da efetividade das normas e direitos que balizam a ordem jurídica.

Consoante registrado acima, Chalhoub (1988) identifica na atuação das polícias do século XIX a utilização de uma estratégia de suspeição generalizada em relação à presença dos negros no espaço público, que ampara práticas repressivas sistemáticas justificadas pelo ideal de prevenção criminal e ordenação do espaço urbano. Por outro lado, a análise da prática atual da busca pessoal como expediente de polícia ostensiva revela, ao cabo, a permanência de tal estratégia, tendo em mira que, ainda contemporaneamente, esta é praticada de modo generalizado com base em um juízo de estranheza e desconfiança, amparado, assim como

¹²⁴ Para Misse (2010, p. 17), o “bandido” “[n]ão é qualquer sujeito incriminado, mas um sujeito por assim dizer “especial”, aquele cuja morte ou desaparecimento podem ser amplamente desejados. Ele é agente de práticas criminais para as quais são atribuídos os sentimentos morais mais repulsivos, o sujeito ao qual se reserva a reação moral mais forte e, por conseguinte, a punição mais dura: seja o desejo de sua definitiva incapacitação pela morte física, seja o ideal de sua reconversão à moral e à sociedade que o acusa”.

outrora, na “somatória de categorias como idade, gênero, cor, classe social, geografia, vestimenta, comportamento e situação de policiamento” (TERRA, 2010, p. 78-79).

Com efeito, ao analisar as práticas cotidianas executadas pelas polícias brasileiras, pode-se verificar um repúdio reiterado à negritude e à pobreza, que são identificadas como fatores de desordem e de crimes em potencial: são interpretadas como “em si criminogênica[s] e, portanto, suspeita[s], ou, mesmo, culpada[s] de antemão” (SOUZA, 2006, p. 19). Por essa perspectiva, a propósito de prevenir a criminalidade e a violência urbanas, seria legítima, por parte do aparato policial, a supressão de direitos de tipos sociais presumidamente suspeitos.

Portanto, o controle social nos espaços públicos continua a ser exercido, mesmo após o advento da CF/88, a partir de um “*ethos* de suspeição sistemática” (LIMA, Roberto, 1999, p. 31), o qual subsidia um padrão autoritário e repressivo de atuação policial, que ainda se direciona, sobretudo, contra a negritude e contra a pobreza, a fim de evitar e suprimir conflitos e crimes em potencial. Identifica-se, ademais, uma banalização de práticas autoritárias que reproduzem os preceitos estruturais de desigualdade e hierarquia (LIMA, Roberto, 2004) e que, assim, podem ser entendidas como práticas de abuso de poder, dissociadas de finalidade válida de acordo com a ordem jurídico-constitucional vigente. Nesse contexto, a banalização da submissão a práticas policiais abusivas, embora não seja suficiente para anular o medo, a indignação e a raiva sentidas, serve para obliterar a busca por razões claras e precisas que legitimariam tais práticas. Ao cabo, reforça-se, pois, uma concepção vertical da interação entre polícia e sociedade civil e uma concepção débil da cidadania civil (CARVALHO, J., 2015).

Ante tal conformação, é possível classificar a busca pessoal como inserida no nível do “pior desempenho possível” do aparato policial. Conforme classificam Jacqueline Muniz e Domício Proença Júnior (2007), é possível identificar quatro graus do desempenho policial, os quais variam de acordo com a eficiência (obtenção do resultado com base nos recursos disponíveis) e proficiência (observância das normas e efeitos colaterais gerados) da atuação policial. O melhor desempenho possível corresponde à obtenção do resultado almejado com base nas formas lícitas de intervenção e sem danos nem efeitos colaterais. Nos dois níveis intermediários estão a intervenção eficiente, não proficiente, e a intervenção proficiente, mas ineficiente. O pior desempenho possível corresponde à não obtenção do resultado almejado, com ações ilegais, danos (a suspeitos, policiais, terceiros) e efeitos colaterais.

Fixados tais parâmetros, cabe notar inicialmente que as polícias brasileiras têm executado a busca pessoal como um expediente de rotina do policiamento ostensivo, em face de quaisquer pessoas, atitudes ou situações rotuladas como “suspeitas” pelo policial, sem a indicação de indícios objetivos da prática de conduta ilícita. Contudo, como será abordado mais

pormenorizadamente no capítulo seguinte, inexistente permissivo legal para essa execução da busca pessoal como medida de polícia ostensivo-preventiva, a qual se insere, pois, em um modelo de reprodução cotidiana da *ilegalidade*. Por outro lado, a incidência desproporcional da busca pessoal em relação à juventude negra e pobre indica que essa medida é também marcada pela *seletividade discriminatória*, a qual não decorre de uma seleção de condutas proibidas pela lei, mas sim da estigmatização de alguns tipos sociais como presumidamente suspeitos.

Não bastasse essa sobreposição de ilegalidade e seletividade, a qual indica a baixa proficiência da medida, esse modelo de execução da busca pessoal caracteriza-se por sua alta *ineficiência*: embora praticada em larga escala, só viabiliza a descoberta de infrações penais em pouquíssimos casos e inexistente correlação entre aumento no número de revistas e diminuição nos índices de criminalidade (e nem mesmo entre aumento no número de revistas e aumento do número de prisões). Ademais, em especial no que toca ao tráfico, esse diagnóstico é acrescido pela ineficácia da abordagem em via pública como instrumento de repressão, pois não contribui para o desbaratamento das organizações criminosas e só atinge os descartáveis microtraficantes.

Essa prática generalizada da busca pessoal, além de ilegal e ineficiente, pode produzir *efeitos colaterais* nefastos. Os critérios arbitrários sobre os quais a medida se ampara fazem-na incidir sobre tipos estigmatizados, o que pode desembocar na intensificação da relação de desconfiança entre o aparato policial e os estratos marginalizados. Além disso, concretiza-se um recorte discriminatório em uma incipiente e relevante etapa da criminalização secundária, a qual tem por resultado a punição de um tipo social bastante específico, acompanhada pelo reforço do estigma de suspeito e também pelo risco de produção do desvio secundário.

Acumulam-se, pois, múltiplas características negativas na prática corrente da busca pessoal. A baixa eficiência acresce-se à baixa proficiência, decorrente da violação da lei em escala generalizada e dos efeitos colaterais decorrentes do uso de estigmas no direcionamento da medida, os quais enfraquecem a efetividade dos direitos fundamentais que conformam a atual ordem constitucional. Portanto, a sobreposição de ilegalidade, discriminação, ineficiência e risco de efeitos colaterais delineia um cenário que não deixa dúvida de que a busca pessoal, tal como ora praticada, insere-se no nível do “pior desempenho possível” da atuação policial.

O panorama detectado requer, portanto, uma alteração do modelo, dos procedimentos e dos mecanismos de execução e de controle dessa prática policial. Para tanto, é imprescindível proceder à análise da busca pessoal sob uma perspectiva dogmático-jurídica, a partir do estudo da regulamentação legal da medida na ordem jurídica vigente, o que se faz no capítulo seguinte.

3. A BUSCA PESSOAL PELA PERSPECTIVA DOGMÁTICA: DA DESVIRTUAÇÃO DA SUSPEITA À DESFUNCIONALIZAÇÃO DA MEDIDA

3.1. A busca pessoal no direito processual penal brasileiro

No Código de Processo Penal (CPP), a busca pessoal é regulada pelo § 2º do art. 240, que elenca suas hipóteses de cabimento, e pelo art. 244, que especifica os casos em que a busca independe de mandado prévio. Tais dispositivos não foram objeto de reforma legislativa e vigem ainda sob a sua redação original (de 1941). Quanto aos princípios gerais que nortearam a edição do Código, extrai-se da sua Exposição de Motivos¹²⁵ que o “espírito do Código” erigia a eficiência da repressão penal a objetivo prioritário e colocava as garantias dos acusados no mesmo plano dos “favores” e “franquias” que lhes seriam alegadamente concedidos pela legislação processual penal anterior¹²⁶. E, em particular no que toca à busca pessoal, esclarece-se na Exposição de Motivos do CPP (item VII) que tal medida constitui um “expediente de consecução de prova” que, para ser executada sem mandado prévio e sem vinculação a outra medida, depende de *fundada suspeita de posse de arma proibida ou corpo de delito* (art. 244).

Contudo, como visto, a busca pessoal tem sido executada rotineiramente pelas polícias como um expediente de rotina do policiamento ostensivo. Admitem-se buscas “preventivas” e até mesmo coletivas, as quais podem ser equiparadas a verdadeiras devassas, “varreduras” exercidas em caráter geral com o propósito de inspecionar, vigiar e controlar a circulação pública, as quais incidem de modo massivamente desproporcional sobre jovens negros e pobres. Tais medidas não encontram suporte nos permissivos legais constantes do CPP, que formatam a busca pessoal como medida instrutória, orientada à obtenção de prova de um delito determinado e não à prevenção ampla e genérica de hipotéticos e abstratos crimes futuros.

¹²⁵ Quanto à orientação que norteou a edição do Código, explica-se na Exposição de Motivos: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código”.

¹²⁶ Ou seja, o Código de Processo Criminal de 1832 e as leis processuais estaduais vigentes na Primeira República.

Assim, é curioso notar que a regulamentação da busca pessoal no já autoritário CPP tem sido sistematicamente vulnerada pelo aparato policial, e com a chancela das instâncias de controle. Verifica-se aí uma escalada efficientista que impõe uma dupla e terminativa neutralização à eficácia dos direitos e garantias fundamentais: o imperativo de repressão à criminalidade é erigido para flexibilizar ou até mesmo afastar a aplicabilidade de normas que, no entanto, já foram elaboradas a partir desse mesmo imperativo.

Ante tal cenário, é forçoso reavaliar as condições de validade da busca pessoal no direito brasileiro e examinar mais pormenorizadamente a definição, a natureza jurídica, as hipóteses de cabimento e as finalidades da busca pessoal, tal como normatizada no CPP. Afinal, quais fundamentos e finalidades de uma busca pessoal legal? Há exigências formais e procedimentais para a sua execução? Por que classificá-la como um meio de obtenção de prova? Existe abertura ou brecha na lei para a sua execução como medida de polícia ostensivo-preventiva? Qual a sua relação com outras medidas processuais coercitivas, como a busca domiciliar e a prisão em flagrante? A resposta a tais perguntas é condição necessária para a *concentração* e o *controle* da busca pessoal, em contraposição à admissão da sua prática cotidiana com base em opacos critérios de suspeição arquitetados pelos próprios policiais.

3.2. Definição de busca

Na ordem jurídica brasileira, a busca está disciplinada tanto na seara do direito processual civil¹²⁷, quanto na seara do direito processual penal. Em ambas, verificam-se candentes debates atinentes à definição, natureza jurídica, hipóteses de cabimento, finalidades e condições de validade da medida.

Em um sentido material, entende-se a *busca* como o ato de procurar, varejar, rastrear, tentar descobrir vestígios, coisas ou pessoas. Ao analisar o tema na seara do direito processual civil, Marinoni e Arenhart (2011, p. 239) ressaltam que a busca consiste na “*forma* assumida por diversos mecanismos judiciais de apreensão e remoção de bens e de pessoas, para diversas finalidades”, razão pela qual “não há, a rigor, uma medida de busca e apreensão, mas sim uma disciplina genérica para qualquer hipótese em que seja necessário localizar, apreender e remover bens ou pessoas no interesse de um processo de caráter civil”.

¹²⁷ Esta não será objeto de estudo aprofundado neste trabalho. O Código de Processo Civil atual (Lei n. 13.105/15 – CPC/15) disciplina a busca nos artigos 536, §§ 1º e 2º, c/c 846, §§ 1º a 4º e não mais prevê capítulo específico para o procedimento de busca, que era anteriormente disciplinada como cautelar e regida pelos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73 – CPC/73). Há também previsão na legislação esparsa, v.g. no Decreto-lei n. 911/69, que disciplina a alienação fiduciária.

No CPP, a busca é tratada conjuntamente com a apreensão (artigos 240 a 250), no Capítulo XI (Da Busca e da Apreensão) do Título VII do Livro I. Contudo, a doutrina ora se refere à “busca e apreensão” como uma medida única (RAMOS, 1998; LIMA, M., 2014a), ora se refere à busca e à apreensão como medidas independentes (PITOMBO, C., 2005b). De fato, é comum a ressalva de que a busca e a apreensão configuram institutos autônomos, ainda que a apreensão possa estar presente na “intencionalidade” da busca (MISSAGGIA, 2002). Destaca-se que a busca e a apreensão possuem finalidades distintas e, por consequência, natureza jurídica distinta (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 717). Assim, reconhece-se que a busca pode ser praticada como um “ato processual isolado” (BARROS, R., 1982, p. 397), sem ser seguida de apreensão, ao passo que esta pode ocorrer sem busca prévia. Nesse rumo, define-se a busca como a diligência destinada à localização de pessoa ou coisa que guarde relação com determinado delito, ao passo que a apreensão é restrição jurídica imposta à liberdade de pessoa ou à posse de coisa como decorrência de sua vinculação a um delito (MARCÃO, 2014, p. 568).

Portanto, no direito processual penal, reputa-se que a busca “não surge aleatória, indeterminada ou indeterminável, mas se vincula com o que importa para a originária persecução penal que ensejou a ordem de busca” (PITOMBO, C., 2005b, p. 109). Desse modo, “o caráter comum a todos os objetos, suscetíveis de ser apreendidos, é a relação que tenham com o fato criminoso” (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 198). Assim, a busca no processo penal é um procedimento de rastreamento e procura de objetos ou pessoas relacionadas ao fato aparentemente punível a que se refere o processo penal (ao *caso penal*¹²⁸).

Nessa trilha, Hélio Tornaghi (1959) ressalta que a busca é caracterizada pela *procura* de algum objeto ou pessoa e não se confunde com mero exame, investigação ou pesquisa. No ponto, é oportuna a remissão à definição de busca de Cleunice Pitombo (2005b, p. 109):

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

Em sentido similar, Guilherme de Souza Nucci assevera que a busca constitui o “movimento desencadeado pelos agentes de Estado para a investigação, descoberta e pesquisa

¹²⁸ Entende-se “caso penal” aqui como o elemento objetivo da pretensão acusatória. Trata-se, pois, do *fato aparentemente punível* em relação ao qual se desenvolve a persecução penal. Cf. LOPES JÚNIOR, 2012.

de algo interessante ao processo penal” (2012, p. 545), que pode ser realizado em qualquer fase da persecução penal¹²⁹, vale dizer, desde o procedimento policial até a fase de execução penal.

Nesse passo, pode-se sintetizar que a busca constitui um procedimento (forma) orientado a localizar vestígios, objetos ou pessoas no interesse de um processo penal.

3.3. Busca domiciliar e busca pessoal

O CPP regulamenta duas espécies de busca: a busca domiciliar, também referida como “varejo”, e a busca pessoal, também referida como “revista” (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 201; PITOMBO, C., 2005b)¹³⁰. Na Exposição de Motivos, explica-se que a busca “distingue-se em domiciliar e pessoal, para disciplinar diversamente, como é justo, as duas espécies”.

A busca domiciliar é aquela realizada na *casa*, objeto de proteção constitucional como asilo inviolável do indivíduo (CF/88, art. 5º, XI)¹³¹. A busca pessoal, por sua vez, é definida de modo residual como a revista realizada “na própria pessoa ou na esfera de custódia de que o acompanha” (MISSAGGIA, 2002, p. 202), o que abrange o corpo, as roupas e os pertences do indivíduo, aí incluído eventual veículo automotor (que não se destine à habitação)¹³². Assim, no Código de Processo Penal Militar (CPPM), a busca pessoal é definida como a “procura material feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revista e, quando necessário, no próprio corpo” (art. 180)¹³³.

Entende-se, pois, que a busca pessoal “pode recair no indiciado, na vítima ou mesmo em pessoa estranha ao crime, sempre que se tenha motivo para suspeitar que esconde consigo objeto relativo ao crime” (MARQUES, J., 2000, p. 377). Consoante já mencionado, como é

¹²⁹ Neste trabalho, entende-se “persecução penal” como o ciclo completo necessário ao exercício do poder punitivo, o qual engloba desde os atos de apuração preliminar da prática de conduta criminosa até a aplicação de sanção penal ao agente do delito. Trata-se, pois, do processo penal *lato sensu*, abrangendo não apenas a fase processual de conhecimento propriamente dita (desde o recebimento da denúncia até o trânsito em julgado da sentença), mas também a fase anterior (investigatória) e posterior (executória). Sob o ponto de vista do direito administrativo, ressalta Álvaro Lazzarini (1999, p. 93) que o ciclo da persecução penal é composto pelos seguintes momentos: a) quebra da ordem pública, ocorrendo ilícito penal; b) fase investigatória; c) fase processual; d) fase das penas. Esses momentos, no âmbito do estudo do direito processual penal, são comumente identificados da seguinte forma: a) momento imediatamente posterior ao conhecimento da prática da infração penal, antes da instauração do inquérito policial (prática dos atos previstos no artigo 6º do CPP); b) inquérito policial; c) processo penal; d) execução da pena (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 366).

¹³⁰ CPP, art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

¹³¹ O conceito de *casa* abarca qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão/atividade (CPP, art. 246, CP, art. 150, § 4º).

¹³² O carro é entendido como coisa móvel pertencente à pessoa, razão pela qual é abrangido pela busca pessoal. Exclui-se dessa hipótese o veículo destinado à habitação do indivíduo (*trailers*, cabines de caminhões, barcos, entre outros), cuja revista configura busca domiciliar (NUCCI, 2012, p. 552).

¹³³ Conforme já mencionado em nota de rodapé anterior, o permissivo legal para a prática da busca pessoal no CPPM não será objeto de análise particularizada neste trabalho em função de sua estrita aplicabilidade à suspeita de crimes militares, tema específico que foge ao objeto desta pesquisa.

inerente à busca pessoal ser um ato de *procura*, não se confunde com inspeção corporal, nem é equiparável aos atos de vistoria judicial, exame pericial e reconhecimento de coisa ou pessoa (BARROS, R., 1982; ESPÍNOLA FILHO, 1955). Por outro lado, tem sido disseminada uma subdivisão da busca pessoal entre busca pessoal superficial e busca pessoal minuciosa, a qual é reproduzida em alguns manuais e regramentos internos das corporações policiais (NASSARO, 2003). A busca superficial seria aquela feita área exterior do corpo, ao passo que a minuciosa teria por objeto o próprio corpo, abrangendo inclusive suas cavidades, caso em que a medida é também chamada de “revista íntima”. Aduz-se que

em regra, a busca pessoal é procedida na área considerada exterior ao corpo: sobre ou entre as roupas (bolsos, por exemplo), além da verificação dos objetos que estejam com a pessoa revistada, ou seja, trata-se de uma *busca superficial*. Quando, porém, procura-se no próprio corpo do revistado, pressupõe-se para esse ato a necessidade de realização de uma busca mais rigorosa que, no caso, significa uma *busca minuciosa*. (NASSARO, 2003, p. 121-122)

Quanto à busca no próprio corpo, Nucci (2012, p. 558) aponta que esta deve ser objeto de especial cuidado em função do alto grau de invasividade, mas reconhece a sua necessidade, sobretudo “nos casos de tráfico de entorpecentes, quando os suspeitos carregam, entre as nádegas ou os seios, pequenos pacotes contendo drogas”.

A admissão da prática da busca pessoal mediante meios radioscópicos ou mecânicos para inspecionar as cavidades do corpo não é recente. Em seu “Manual do Delegado” – cuja primeira edição foi publicada em 1958 –, Amintas Gomes faz menção a tipos sociais moralmente reprovados ou socialmente marginalizados – *v.g.* “vendedores de inebriantes, punguistas ou lanceiros, os vigaristas, os ocultistas (cartomantes, quiromantes, videntes), os bicheiros e certos ladrões”, bem como “ladrões elegantes, ciganas e prostitutas” (GOMES, A., 2015, p. 391-392) – que mereceriam ser mais cuidadosamente revistados por serem “mestres” em ocultar corpo de delito e dinheiro, o que exigiria maior minúcia nas buscas pessoais neles realizadas, incluindo as cavidades do corpo¹³⁴. Observações similares são feitas por Eduardo Espínola Filho (1955) e por Romeu Pires de Campos Barros (1982).

¹³⁴ A explanação do autor deixa nítidos os preconceitos que subjazem à definição dos que mereceriam mais rigor: “Os vendedores de inebriantes, punguistas ou lanceiros, os vigaristas, os ocultistas (cartomantes, quiromantes, videntes), os bicheiros e certos ladrões são mestres em ocultar consigo, quando as dimensões o permitam, aquilo que constitua a prova material da infração, isto é, o corpo de delito, assim como o produto de investidas realizadas. Como sabem que estão sujeitos a prisão inesperada, também costumam esses malfeitores trazer bem oculto, temendo provável apreensão, dinheiro suficiente ao menos para as primeiras despesas a fazer depois de soltos. O rebuscamento individual deve fazer-se portanto com o maior cuidado, revistando-se entre o forro das peças, os recheios das almofadas dos ombros, as dobras das bainhas das calças, não se desprezando os remendos, que muitas vezes não passam de esconderijos, nem as meias. É comum guardarem os malandros cédulas debaixo da palmilha

Nesse sentido, entende-se que a busca pessoal pode ser realizada na parte exterior do corpo e também na parte interior, “seja manualmente, seja visualmente, por meios mecânicos ou radioscópicos” (LIMA, M., 2014a, p. 112). Contudo, em oposição, André Luiz Nicollitt e Carlos Ribeiro Wehrs (2015) salientam que a medida denominada “busca minuciosa” consiste, na realidade, em uma verdadeira “intervenção corporal”, ato de caráter mais invasivo que uma busca pessoal. Ressaltam que as intervenções corporais são “diligências que penetram, ainda que minimamente, no corpo humano vivo, ou que sejam potencialmente capazes de produzir uma influência sobre ele, influência esta em sua funcionalidade”. Destaca-se que elas exigem atuação de profissional habilitado e não se confundem com a mera revista feita na parte exterior do corpo e, portanto, não se submetem ao mesmo “regime da busca pessoal” (NICOLLITT; WEHRS, 2015, p. 51-53). Por esse viés, constata-se que o exame radioscópico (que permite visualizar o interior do corpo) e a inspeção das cavidades do corpo (“revista íntima”, por meio manual ou mecânico) são intervenções corporais e não meras buscas pessoais¹³⁵.

Por fim, cabe acrescentar que a busca pessoal não abarca a possibilidade de acesso a dados constantes de aparelhos eletrônicos, tais como celulares e computadores portáteis. Essa medida, de caráter altamente invasivo, extrapola os limites de uma procura por objetos na parte exterior do corpo e nas vestes do indivíduo e requer prévia e fundamentada autorização judicial, salvo em casos de urgência¹³⁶.

do sapato ou metidas entre as solas deste, e até nos saltos dos calçados são preparados escaninhos que o policial sagaz devassa; há larápios que engolem pedras preciosas, não sendo missão agradável recuperá-las. A pesquisa em certos casos não excluirá o orifício ano-retal, pois tem o ocorrido o encontro em tal lugar de tubos de alumínio, matéria plástica ou mesmo de vidro, dos usados para acondicionamento de comprimidos medicinais, contendo cédulas e pedras ou certos alcaloides; pedaços de celofane enrolados também têm tido tal finalidade, e ladras elegantes, ciganas e prostitutas se servem igualmente de outro esconso natural” (2015, p. 391-392).

¹³⁵ Em obra voltada ao exame das intervenções corporais nos direitos português, espanhol e brasileiro, Nicollitt e Wehrs (2015) ressaltam serem condições de validade de tais medidas a reserva legal, a reserva jurisdicional e a proporcionalidade, além da existência de processo, finalidade e audiência prévia, mais gravosas do que aquelas exigidas para a busca pessoal. Sobre o tema, pertinente mencionar a Lei n. 13.217/16, que proíbe a realização de revistas íntimas em funcionárias ou clientes do sexo feminino por empresas privadas ou entidades/órgãos da Administração Pública direta e indireta, bem como a Resolução n. 5 de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que recomenda a substituição das revistas íntimas manuais por inspeções mediante raio-x e *scanner* corporal – ou outro mecanismo tecnológico capaz de detectar armas, explosivos, drogas ou outros objetos ilícitos – como condição para entrada nos estabelecimentos penais do país.

¹³⁶ Tal orientação foi firmada pela primeira vez pela Sexta Turma do STJ no julgamento do RHC 51.531/RO (Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 09/05/16) e foi repisada em julgados posteriores desse mesmo órgão colegiado. Nessa oportunidade, no voto-vista apresentado pelo Min. Rogerio Schietti, mencionou-se o julgamento do caso *Riley v. California*, pela Suprema Corte dos EUA em 2014, no qual se reconheceu que aparelhos celulares não se reduzem a mera conveniência tecnológica, mas sim podem ser alçados a verdadeiro desdobramento da personalidade humana, uma vez que seu conteúdo revela toda a intimidade da vida do cidadão com alta facilidade. Assim, o ato deve ser submetido a prévio escrutínio judicial. Por sua vez, no voto-vista apresentado pela Min. Maria Thereza Moura, acrescentaram-se as orientações sobre o tema na Espanha e no Canadá. Ao cabo, o STJ reconheceu a necessidade de prévia autorização judicial para acesso aos dados de celulares, tendo em conta o disposto nos artigos 5º, X, da CF/88 e art. 5º, XII (inviolabilidade das comunicações telefônicas), em conjugação com os artigos 1º da Lei 9.296/96, 3º Lei 9.472/97 e 7º da Lei 12.965/14. Sobre o tema, ver SILVA, C., 2016.

Pode-se sintetizar, pois, que a busca pessoal é a procura realizada na área exterior ao corpo, nas vestes e nos pertences (bens móveis) do indivíduo, com o objetivo de encontrar objetos e vestígios relacionados à infração penal investigada.

3.4. Cabimento e exigibilidade de mandado

As hipóteses de cabimento da busca domiciliar são delimitadas pelas possíveis finalidades da medida, as quais estão elencadas nas oito alíneas (“a” a “h”) do § 1º do artigo 240 do CPP¹³⁷. Quanto à busca pessoal, de acordo com o § 2º do mesmo artigo 240 do CPP¹³⁸, pode ser realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa oculta consigo arma proibida ou objeto mencionado nas alíneas “b” a “f” e “h” do § 1º.

A doutrina não é uníssona quanto à natureza exaustiva ou exemplificativa do rol de hipóteses de cabimento da busca elencado no § 1º do art. 240 do CPP. Uma parcela posiciona-se no sentido de tratar-se de rol taxativo, haja vista que a medida acarreta restrição de direitos fundamentais (TOURINHO FILHO, 2012, p. 413; LIMA, M. 2014b, p. 632; MARCÃO, 2014, p. 572). Outra, no sentido de possuir natureza exemplificativa (PITOMBO, C. 2005b, p. 150; LIMA, Renato, 2013, p. 703; TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 465). No entanto, a controvérsia é um tanto inócua, pois, ante a larga amplitude das hipóteses, em especial daquela prevista na alínea “h” (colheita de “qualquer elemento de convicção”), é difícil elucubrar finalidade que não se contemple no rol legal (mesmo que, em uma orientação atenta à legalidade estrita, o rol seja entendido como taxativo).

De outra parte, de acordo com o art. 241, toda busca domiciliar deve ser precedida de mandado prévio, salvo quando for realizada pessoalmente por autoridade policial ou judicial. Em interpretação conforme a Constituição desse dispositivo legal, ante a dicção do art. 5º, XI, da CF/88, entende-se que o mandado de busca domiciliar só pode ser expedido por autoridade

¹³⁷ § 1º “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção”.

¹³⁸ Art. 240, § 2º “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior”. Dessa aplicação seletiva de alíneas à busca pessoal, pode-se concluir que o legislador determinou que esta medida é inaplicável nos casos em que se procura por pessoas, e não por coisas (alíneas “a” e “g”).

judicial, e não por autoridade policial, que tampouco pode realizar a busca pessoalmente sem mandado judicial prévio.

Quanto à busca pessoal, cujas hipóteses gerais de cabimento estão elencadas no § 2º do art. 240, há previsão específica da dispensa de mandado prévio nos casos previstos no art. 244 do CPP. Este dispositivo prevê que a busca pessoal independe de mandado prévio se for determinada incidentalmente no curso de prisão ou de busca domiciliar, ou, ainda, se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito¹³⁹.

A legislação não especifica se o mandado prévio para a prática da busca pessoal, nas hipóteses gerais do art. 240, § 2º, deve ser expedido por autoridade policial ou judicial. Considerável parcela da doutrina aceita que a busca pessoal seja determinada, em qualquer caso, por mandado expedido por autoridade policial, sendo dispensável a autorização judicial prévia, pois exigida de modo expresso pela CF/88 apenas em relação à busca domiciliar. Assim, os casos previstos no art. 244 seriam hipóteses em que a busca poderia ser realizada pelo agente subordinado à autoridade policial, sem necessidade de mandado desta (OLIVEIRA, E., 2011, p. 444; RANGEL, 2014, p. 159; LIMA, M. 2014b, p. 639; TOURINHO FILHO, 2012, p. 423; LIMA, Renato, 2013, p. 702; TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 465; BONFIM, 2012, p. 384).

No sentido oposto, há autores que fazem remissão à necessidade de mandado judicial prévio (PITOMBO, C., 2005b, p. 149; MARCÃO, 2014, p. 577-578; DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 368), mas sem maiores digressões a respeito do assunto, razão pela qual é inviável aferir se o posicionamento se dá em visão de uma leitura constitucional do instituto, ou em virtude de uma confusão com o mandado judicial exigido para a prática da busca domiciliar. A exceção é o posicionamento de Antônio Machado (2013, p. 721), que observa que a realização de busca pessoal com base em mandado de autoridade policial não se coaduna com o disposto no artigo 93, IX, da CF, que imporia a necessidade de ordem judicial prévia e fundamentada para a realização da busca pessoal fora dos casos previstos no art. 244 do CPP. Deveras, em se tratando de medida restritiva de direitos fundamentais, deve-se exigir autorização judicial para o ato, não sendo esta intercambiável pela autorização policial.

¹³⁹ No CPPM, as hipóteses de cabimento são similares, nos termos dos arts. 181 e 182: “Art. 181. Proceder-se-á à revista, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo: a) instrumento ou produto do crime; b) elementos de prova”. “Art. 182. A revista independe de mandado: a) quando feita no ato da captura de pessoa que deve ser presa; b) quando determinada no curso da busca domiciliar; c) quando ocorrer o caso previsto na alínea a do artigo anterior; d) quando houver fundada suspeita de que o revistando traz consigo objetos ou papéis que constituam corpo de delito; e) quando feita na presença da autoridade judiciária ou do presidente do inquérito”.

3.5. Natureza jurídica e finalidades da busca: a instrumentalidade e a referibilidade

A definição de busca como um procedimento de procura e localização de pessoas, objetos ou vestígios no interesse de um processo penal permite classificá-la como um *ato processual*¹⁴⁰. Na Exposição de Motivos do CPP (item VII), de modo mais específico, estabelece-se que a busca constitui um *expediente de consecução da prova*. Ademais, sua regulamentação está inserida no Título VII (*Da Prova*) do Título I (Do Processo em Geral) do CPP. Nesse sentido, a doutrina dominante frisa que a busca é uma *medida instrutória*¹⁴¹, voltada à obtenção ou à preservação de provas para o processo penal, e parcela considerável acrescenta tratar-se de *medida instrutória cautelar* (MARQUES, J., 2000, p. 379; ARANHA, 1999, p. 246; NORONHA, 1983, p. 92; OLIVEIRA, E., 2011, p. 442, LIMA, Renato, 2013, p. 701; MARCÃO, 2014, p. 569; CAPEZ, 2012, p. 362; DEMERCYAN; MALULY, 2014, p. 366; BONFIM, 2012, p. 381; TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 464; MACHADO, 2013, p. 717; LOPES JR., 2012, p. 717)¹⁴².

¹⁴⁰ “[A]to processual [é] toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo. Ou, como quer Chiovenda, são “atos jurídicos processuais os que têm importância em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conversação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual. Distinguem-se dos demais atos jurídicos pelo fato de pertencerem ao processo e produzirem efeito jurídico direto e imediato sobre a relação processual, seja, como se afirmou, na sua constituição, desenvolvimento ou extinção” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 227). Quanto ao processo penal, pode-se entender como ato processual, *lato sensu*, toda ação humana que produza efeitos jurídicos em relação à persecução penal, seja na fase de investigação (pré-processual), na fase processual *stricto sensu*, ou na fase de execução. Nesse sentido, pode-se falar também em *ato persecutivo penal*, a fim de englobar todas as fases da persecução penal e não apenas a fase processual propriamente dita.

¹⁴¹ Conforme observa Tourinho Filho (2012, p. 94), atos instrutórios são espécies de atos processuais orientados à “proposição e produção de provas”.

¹⁴² Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 701) e Renato Marcão (2014, p. 569) frisam que a busca é um meio de obtenção ou investigação de prova, mas não um meio de prova, como sugere sua localização topológica no Código, uma vez que a busca não constitui ela própria um elemento de prova, mas sim permite a aquisição de uma fonte material de prova. Por outro lado, Camargo Aranha (1999, p. 246) acrescenta a cautelaridade à medida e afirma que a busca e apreensão não é prova, mas sim “medida cautelar de natureza criminal visando assegurar a obtenção e perpetuação de uma prova”. Magalhães Noronha (1983, p. 92), de sua parte, registra que a busca e apreensão possui natureza de medida cautelar, uma vez que se caracteriza como providência que se destina a evitar o desaparecimento das provas, configurando medida liminar. No mesmo sentido, ao também se atentar à finalidade da busca, Eugenio Pacelli de Oliveira (2011, p. 442), Fernando Capez (2012, p. 362), Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (2014, p. 366) e Renato Marcão (2014, p. 569) aduzem que essa medida possui caráter eminentemente cautelar, orientada a assegurar elementos de prova que não estejam imediatamente acessíveis à Justiça. Eugenio Mougnot Bonfim (2012, p. 381) e Távora e Alencar (2012, p. 464) acrescentam ainda que a busca, a depender de sua finalidade, pode exibir natureza de meio de obtenção de prova ou, ainda, de medida instrumental cautelar, orientada a assegurar a utilização de elemento probatório no curso do processo penal ou a evitar o seu perecimento. Nesse sentido, pondera Antônio Alberto Machado (2013, p. 717) que a busca e apreensão é medida orientada à produção e à preservação/cautela da prova penal, razão pela qual possui traços característicos de meio de prova, e também de providência acautelatória da atividade probante. Trilhando raciocínio similar, Aury Lopes Jr. (2012, p. 717) opina que a busca constitui um meio de obtenção de prova, logo de caráter instrumental, com a finalidade de angariar objetos ou pessoas com utilidade probatória. Acresce que a apreensão pode ser meio coercitivo de prova, medida probatória ou medida cautelar real.

Por outro lado, a leitura de todas as hipóteses de cabimento da busca (elencadas nas oito alíneas do artigo 240 do CPP) permite constatar que a busca pode visar à descoberta de pessoas ou coisas que se relacionam à persecução penal, mas não apenas por sua relevância probatória. Nesse passo, há outra corrente doutrinária que sustenta que a busca é uma medida instrumental orientada à consecução de múltiplas finalidades e não apenas à obtenção/preservação da prova (COSTA, A., 1966, p. 100; MISSAGGIA, 2002, p. 200; RAMOS, 1998, p. 272; TORNAGHI, 1997, p. 476-477)¹⁴³. Por isso, é comum a ponderação de que a busca pode constituir medida instrutória, mas também, a depender da sua finalidade, pode constituir medida cautelar patrimonial ou pessoal, como nos casos em que visar à efetivação de arresto/sequestro de bens (sem relevância probatória) ou ao próprio cumprimento de mandado de prisão do imputado (BARROS, R., 1982, p. 394; LIMA, M., 2014b, p. 629; PITOMBO, C., 2005b, p. 116; NUCCI, 2012, p. 546)¹⁴⁴.

A multiplicidade de finalidades da busca impeliu Alfredo da Costa (1966) a indagar:

¹⁴³ A multiplicidade de finalidades da busca também é constatada no direito processual civil. Cf. MARINONI, 2008. Conforme pontuado acima, o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) regulamenta a busca e apreensão nos artigos 839 a 843, inseridos na Seção IV do Capítulo II do Livro III, referente ao Processo Cautelar. No Código de Processo Civil atual inexistiu seção específica para o procedimento de busca e apreensão, disciplinada então nos artigos 536, §§ 1º e 2º, c/c 846, §§ 1º a 4º.

Lopes da Costa (1966, p. 100) argumenta que a busca e a apreensão, por si próprias, “nada significam”, vale esclarecer, são medidas de natureza meramente instrumental, e Missaggia (2002, p. 200) pontua que a busca e a apreensão têm “natureza multifuncional”. Assim, Garcez Ramos (1998) trata a “busca e apreensão” como uma medida única que teria, no entanto, múltiplas finalidades. Aponta a existência de uma “enorme dificuldade para situá-la, organicamente, entre as medidas de urgência do processo penal brasileiro”, a qual estaria refletida pela opção do legislador, que “não sabia exatamente em qual parte colocá-la, e acabou optando pelo Capítulo XI do Título VII (Da Prova) do Título I (Do Processo em Geral)”. Diante da multiplicidade de finalidades, Ramos (1998) manifesta desprezo em relação às “veleidades classificatórias” e argumenta que a “busca e apreensão” configura uma espécie de tutela de urgência não passível de classificação. Idêntica posição é a de Missaggia (2002). Nesse sentido, Tornaghi (1997, p. 476-477) critica a opção do legislador pela inserção da regulamentação da busca no capítulo referente à prova e pondera que a busca é providência de natureza instrumental, que nem sempre constituiria uma medida processual instrutória, orientada à descoberta de provas. Aponta, então, que a busca terá fins processuais quando objetivar a descoberta (e apreensão) de prova do crime (alíneas “e”, “f”, e “h” do § 1º do art. 240 do CPP), mas, por outro lado, poderá também ter fins penais quando visar a tornar efetiva a aplicação da lei penal e permitir a concretização dos efeitos da condenação penal¹⁴³ (alíneas “b”, “c” e “d”) e fins administrativos quando objetivar a apreensão de pessoas vítimas de crime (alínea “g”).

¹⁴⁴ Noutro giro, após também reconhecer a multiplicidade de finalidades, Romeu Pires de Campos Barros (1982, p. 394) arguiu que a busca e apreensão, embora funcione sobretudo como uma medida assecuratória de prova, tem como principal efeito a restrição ao patrimônio. Classifica-a então como medida cautelar patrimonial, “por se tratar de uma providência através da qual se apreende coisas relacionadas com o crime, funcionando, quase sempre, como pré-cautela de natureza real”. Lateralmente, reconhece o autor que, com menor frequência, a providência pode configurar cautelar de natureza pessoal, quando se destinar à prisão do imputado. Em sentido similar, Polastri Lima (2014b, p. 629) ressalta que, em regra, a busca configura medida cautelar instrutória, mas pode também constituir medida incidental ou preparatória a outra medida (prisão ou sequestro). Bastos Pitombo (2005b, p. 116), também em sentido similar a Tornaghi, pondera que a busca consiste em uma medida instrumental, com restrição a direitos fundamentais, com o escopo de encontrar pessoas, coisas ou vestígios relacionados com o fato investigado, que não necessariamente constituem prova, tampouco meio de obtenção de prova. Assim, destaca que a busca pode visar ao atendimento de finalidades distintas, como a concretização de prisão, custódia ou intimação. No mesmo sentido, Nucci (2012, p. 546) argumenta que a busca possui natureza jurídica mista, porquanto pode ser um meio de prova ou, ainda, um meio assecuratório não relacionado à instrução processual, como quando constituir ato preliminar à medida de apreensão de produto de crime voltado à restituição deste à vítima.

“Busca” é a procura, a cata, a pesquisa de uma coisa ou pessoa. Não esgota em si mesma a sua finalidade. É um ato vazio de conteúdo até encontrar o objeto que é sua meta. Frustrada, baldada, será no vácuo que mergulhará todo o esforço despendido. É um ato equívoco. Somente começa a esclarecer-se quando se chega à coisa procurada.
E mesmo então continua indecisa.
Procurava-se tal coisa. Mas para que?

A ponderação tem correlação com a própria definição de busca, um ato de procura, que não necessariamente será sucedido pela efetiva descoberta do bem/sujeito procurado. De fato, antes da realização da busca, não se pode determinar já de plano o seu resultado: pode ser que a busca termine, ao fim, infrutífera, sem a descoberta do objeto ou do sujeito procurado; pode ser que, ao fim, descubra-se objeto cuja existência era desconhecida e que, no entanto, apresenta relevância à persecução penal.

Não obstante, conquanto o resultado da busca não seja previamente determinável, a finalidade que motiva a própria realização da busca é previamente determinada. Assim, não se pode afirmar que seja um ato “vazio de conteúdo até encontrar o objeto que é sua meta”, pois é esta – a meta, a finalidade da medida – que lhe determina o conteúdo: define seu objeto de incidência, seus limites, sua extensão. Cumpre frisar, pois, que a finalidade da busca é sempre previamente delimitada, ainda que possa variar conforme o caso concreto (v.g. apreensão de objetos com relevância probatória, arresto/sequestro de bens, prisão do imputado). Portanto, ao se encontrar o objeto/sujeito procurado, tampouco se pode falar em um derradeiro questionamento “para que?”, pois sempre é possível determinar a utilidade do objeto/sujeito procurado em relação à persecução penal, já que é esta que justifica a própria busca.

Feitos tais esclarecimentos, cabe notar que as finalidades possíveis da busca, conquanto múltiplas, têm dois caracteres essenciais em comum: a *referibilidade* ao caso penal sob apuração e a *instrumentalidade* em relação à correlata persecução penal¹⁴⁵.

Deveras, a busca constitui uma medida *instrumental*, uma vez que não visa ela própria a satisfazer a pretensão acusatória, que constitui o objeto do processo penal, nem mesmo a pretensão punitiva, que depende do prévio processo penal, mas apenas a viabilizar a efetividade da tutela dessas pretensões, sem satisfazê-las diretamente¹⁴⁶. Noutro giro, a busca constitui uma

¹⁴⁵ Os conceitos de referibilidade e instrumentalidade são especialmente desenvolvidos na dogmática processual civil, sobretudo no estudo da tutela cautelar. Merecem destaque as obras de Ovídio Baptista da Silva, Kazuo Watanabe e Luiz Marinoni. Cf. MARINONI, 2008; MARINONI; ARENHART, 2011). Aqui, importa notar que de características depende não só a natureza cautelar da busca, mas, antes, sua natureza processual penal.

¹⁴⁶ A doutrina clássica do direito processual civil, amparada na classificação de Calamandrei, identifica a instrumentalidade da tutela cautelar como “ao quadrado”, haja vista que a cautelar é instrumental ao processo, que por sua vez é instrumental em relação ao direito material (instrumento do instrumento). Sobrevieram inúmeras

medida *referível* ao caso penal, pois, ao visar a assegurar o exercício de uma tutela referente a um determinado fato aparentemente punível, guarda sempre com este uma relação de referibilidade. O caso penal constitui, pois, a causa de pedir remota da busca¹⁴⁷.

críticas ao conceito, reputado equivocado ou simplesmente redundante e inútil (MARINONI; ARENHART, 2011; RAMOS, 1998). No ponto, Marinoni e Arenhart (2011, p. 38) argumentam que a tutela cautelar configura “um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada”. Sustentam então que a tutela cautelar não é instrumental em relação ao processo, mas apenas em relação ao direito ou à situação jurídica tutelada. Assim, medidas instrumentais ao processo (v.g. exibição de documento ou coisa, produção antecipada de provas) não seriam cautelares, pois protegeriam os direitos processuais (à ação e à defesa) e apenas indiretamente assegurariam a tutela do direito ambicionada. Não obstante, Teori Zavascki (2009) – que reanalisa a classificação das cautelares de Calamandrei a partir da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada – conclui pela existência de dois tipos de tutela cautelar: a tutela cautelar voltada à certificação do direito e a tutela cautelar voltada à execução do direito certificado. Para Zavascki (2009), a tutela cautelar é uma espécie de tutela provisória – vale dizer, proferida com base em juízo provisório – destinada a garantir ou assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, a qual pode ser necessária em situações de risco à certificação/cognição do direito, ou à execução do direito já certificado. Assim, a tutela cautelar pode ser deferida em situações em que a “certificação do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários”. E também pode ser deferida tutela cautelar em “situações em que o perigo ameaça não a certificação, mas a futura execução forçada do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais.” (ZAVASCKI, 2009, p. 49). Desse modo, a instrumentalidade se configura tanto em relação às atividades de cognição/certificação (tutela indireta da efetivação do direito) e de execução do direito (tutela direta da efetivação do direito). Nos casos de tutela da atividade de cognição/certificação do direito, tais como de tutela da produção de provas, a tutela é instrumental em relação ao processo, e apenas indiretamente instrumental em relação à tutela do direito almejada por meio do processo. Ainda assim, constitui medida cautelar. Portanto, para Zavascki (2009), embora a instrumentalidade processual não seja uma característica ínsita a toda tutela cautelar, é uma característica ínsita à tutela cautelar assecuratória da atividade de cognição do direito, tal como a orientada à preservação da prova. No direito processual penal, segue-se essa última linha de raciocínio. As medidas instrumentais ao processo, orientadas à preservação das atividades de cognição e certificação do direito (tutela indireta da efetivação do direito), são classificadas como medidas cautelares por excelência. Assim, a prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal e as medidas relacionadas à preservação das provas, embora guardem relação direta com o processo (ação, prova, defesa), são consideradas medidas cautelares. Nesse sentido, é possível constatar que a instrumentalidade da busca pode ser direta – por exemplo, nos casos de busca para execução de prisão preventiva por risco de fuga do imputado (aplicação da lei penal) ou de sequestro do produto do crime –, ou indireta – por exemplo, nos casos de busca para execução de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal ou ainda na frequente hipótese de apreensão de material probatório. No ponto, note-se então que a instrumentalidade (direta ou indireta) está presente em quaisquer das hipóteses de busca, ainda que se assuma que esta pode visar a fins processuais, fins penais ou fins administrativos, como faz Tornaghi. Nestes dois últimos casos, a instrumentalidade é direta. No primeiro, a instrumentalidade é indireta. A busca constitui uma tutela instrumental, uma vez que não visa ela própria a satisfazer uma pretensão, embora sua finalidade seja sempre a de garantir e assegurar a efetividade da tutela dessa pretensão. A instrumentalidade da busca, em virtude da multiplicidade de finalidades que podem ser por ela almejadas, pode assumir caráter direto ou indireto. Será instrumental direta quando visar a assegurar a efetivação do direito, como, por exemplo, quando visar à localização do condenado, com o objetivo de propiciar o cumprimento da pena imposta. E será instrumental indireta, quando visar a assegurar a atividade de cognição do direito exercida no curso da persecução penal (investigação pré-processual e instrução processual), como, por exemplo, no corriqueiro caso de busca por elementos probatórios. Nesse caso, a busca possui instrumentalidade direta em relação à investigação/instrução, que constituem condições para a aplicação da pena, daí estabelecendo com esta relação de instrumentalidade indireta.

¹⁴⁷ A referibilidade consiste na relação de referência da tutela a uma situação material tutelável. A tutela assecuratória da certificação/cognição do direito ou da efetivação do direito exige referência, como causa de pedir remota, à relação jurídica material em que desponta tal direito: a tutela de segurança não visa a satisfazer esse direito, mas sempre faz referência a ele. A referibilidade da tutela cautelar, portanto, decorre da instrumentalidade, uma vez que funciona como tutela de segurança de outra tutela, daí decorrendo a necessária relação de referência daquela ao direito constitutivo do objeto desta (MARINONI; ARENHART, 2011). Assim, a tutela referível é concedida sempre no contexto de uma relação jurídica mais ampla, em razão da qual aquela se justifica, e que constitui sua causa de pedir remota. No processo penal, cujo objeto é a pretensão acusatória que tem por elemento

A referibilidade e a instrumentalidade são características opostas à *satisfatividade* da tutela¹⁴⁸ e traduzem a vinculação da busca ao processo penal. Assim, aliadas a outras características, a referibilidade e a instrumentalidade também podem servir à constatação da natureza *cautelar* da busca (BARROS, R., 1982; TORNAGHI, 1997; GRINOVER *et al.*, 1992).

De mais a mais, cumpre constatar que, em qualquer caso, a busca tem correlação com o caso penal objeto da persecução penal e a esta serve. Nesse particular, cumpre notar que tais características despontam da própria definição de busca. Conforme acima ressaltado, a busca é, no direito processual penal, definida como um ato de procura e localização de pessoas, objetos ou vestígios relacionados ao fato apurado no processo penal e no interesse do respectivo processo penal. Sobressaem em tal conceituação, já de plano, a *referibilidade* em relação ao caso penal (ao fato aparentemente punível que embasa a investigação ou a acusação) e *instrumentalidade* (direta ou indireta) em relação à tutela almejada no processo penal, seja na fase de investigação preliminar (podendo inclusive constituir ato inaugural da persecução penal), seja na fase de instrução processual, seja na fase de execução penal.

Verifica-se, pois, que as notas da referibilidade e da instrumentalidade são características sem as quais a busca perderia a natureza de ato processual penal¹⁴⁹. Por isso, ao tratar da busca pessoal, Cleunice Bastos Pitombo assevera:

A revista tem por ‘escopo inspecionar procurando coisas, determinadas ou indeterminadas, no corpo, nas vestes, ou nas pertencas transportáveis, de seu portador, seja ele vítima, suspeito, indiciado, acusado, ou terceiro. *O importante é o relacionamento entre a coisa buscada e a infração penal*’. (2005b, p. 136, sem grifos no original)

Portanto, o realce da referibilidade e da instrumentalidade como características essenciais da busca é fulcral, pois permite elucidar que eventual busca que não possua relação com fato aparentemente punível e que não vise a servir à tutela almejada no processo penal não pode ser qualificada como uma busca de natureza processual penal e não possui fundamento normativo no direito processual penal.

objetivo o fato aparentemente punível, é sempre a pretensão acusatória relativa a determinado caso penal o objeto da referibilidade – o que contrasta com a variedade de pretensões tuteláveis pelo processo civil.

¹⁴⁸ Constituem os principais elementos diferenciais da tutela cautelar e antecipada, pois esta, conquanto também amparada em um juízo provisório, providencia a satisfação do direito, assim perdendo as notas da referibilidade e da instrumentalidade. Com efeito, “há situações em que a certificação do direito pode não estar sob risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição. Presentes essas circunstâncias, será urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência” (ZAVASCKI, 2009, p. 49)

¹⁴⁹ Daí Tornaghi (1997, p. 466) classificar a busca como um “ato processual coativo”.

3.6. A “fundada suspeita”

O § 1º do artigo 240 do Código de Processo Penal exige que, para a realização de uma busca domiciliar, haja “fundadas razões” que a autorizem. Ante a exigência de “fundadas razões”, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho ressaltam que “é pressuposto essencial da busca que a autoridade, com base em elementos concretos, possa fazer um juízo positivo, embora provisório, da existência de motivos que possibilitem a diligência” (GRINOVER *et al.*, 1992, p. 147). No ponto, Fauzi Hassan Choukr (2014, p. 509) aponta que a exigência de “fundadas razões” para a prática de uma busca é de difícil conceituação, mas pode ser compreendida como a exigência de “indícios da ocorrência de ilícito penal, aliados à necessidade de produção probatória, a ser possibilitada pelas coisas que se pretende apreender”, o que não se confunde com “meras suspeitas”.

Por outro lado, o art. 240, § 2º, do CPP, que delimita as hipóteses de cabimento da busca pessoal, abandona a expressão “fundadas razões” e requer a “*fundada suspeita* de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior”¹⁵⁰. O art. 244, por sua vez, autoriza a busca pessoal independente de mandado prévio quando houver “*fundada suspeita* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”. Em regra, é esse o dispositivo utilizado como fundamento para a prática de buscas pessoais, pois é reconhecidamente rara a busca pessoal precedida de mandado.

Quanto à exigência de “fundadas razões” e de “fundada suspeita”, José Frederico Marques (2000, p. 378) argumenta que ela “mostra que a providência coercitiva não é arbitrária, muito embora, como salienta Manzini, fique entregue ao critério e discricção da autoridade, o exame dos motivos que tornem aconselhável a diligência”.

Nesse passo, em relação à busca pessoal, comumente se atribui a dificuldade de definir a legalidade das buscas pessoais praticadas em virtude da larga amplitude da expressão

¹⁵⁰ A doutrina é vacilante quanto à razão para a utilização de expressões distintas pelo legislador. Polastri Lima (2014b, p. 639) acredita que “a razão de o legislador referir-se à suspeita e não às razões, como no caso da busca domiciliar, seja em vista de, no mais das vezes, tratar-se de referência à pessoa suspeita de ocultação (suspeita de que alguém oculte)”. De outra parte, Tourinho Filho (2012, p. 422) aduz que “fundadas razões” seria um conceito dotado de maior gravidade e seriedade, quando comparado ao de “fundada suspeita”, o que se justificaria porque, embora a busca domiciliar e a busca pessoal sejam ambas medidas vexatórias, aquela o seria em maior intensidade. Por outro lado, Franco Nassaro, embora ressalte que o termo “suspeita” evoca maior flexibilidade do que o termo “razões”, pondera que “existem, no entanto, buscas pessoais que são indiscutivelmente mais constrangedoras do que qualquer busca domiciliar imaginável” (2003, p. 10, 12). Assim, Adilson Mehmeri (1996, p. 139) destaca o menor rigor da “fundada suspeita” em relação às “fundadas razões”.

“fundada suspeita”. Há, com efeito, reiteradas manifestações doutrinárias no sentido de que a “fundada suspeita” constitui um conceito demasiadamente amplo, que dá margem a excessos e desvios na prática da busca pessoal. Aduz-se que é “justamente a permissão fornecida pela ‘fundada suspeita’ a causadora de arbitrariedades, porque é expressão extremamente genérica” (POLO, 2000, p. 9) e que, em razão do caráter subjetivo da “simples suspeição”, na prática da busca pessoal “dificilmente poderá caracterizar-se abuso de autoridade, a menos que haja escancarado excesso” (MEHMERI, 1996, p. 139).

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2012, p. 720) aponta que a imprecisão da “fundada suspeita” decorre do “ranço autoritário” do CPP e cria uma regulamentação frouxa da busca pessoal, propícia ao abuso de poder. Indaga: “O que separa o uso do abuso quando há tal indefinição da lei?”. Pondera então que “uma mudança legislativa é imprescindível para corrigir tais distorções” (2012, p. 719) e pontua que a possibilidade de abuso poderia ser atenuada por um preparo técnico mais rigoroso dos policiais e, em especial, por um controle judicial mais rígido, embora, na prática, verifique-se o oposto.

No mesmo rumo, Machado (2013, p. 720) ressalta que o CPP dispensa a ordem judicial no caso de busca pessoal e utiliza locuções aporéticas, ou polissêmicas, como “fundada suspeita” e “fundadas razões”, para justificar a realização de buscas, “numa óbvia concessão ao arbítrio policial”. Identifica então que “a prática imotivada desse tipo de abordagem policial, numa clara exibição teatral do poder”, recai “predominantemente sobre as pessoas de extração socioeconômica inferior”, o que conduz a múltiplas ofensas a princípios constitucionais constantes da CF/88 (2013, p. 721). Assim, salienta que, em função da vagueza do requisito legal (fundada suspeita) e da dispensa do mandado judicial, a busca pessoal fica sem nenhum controle, seja legal ou judicial, ao passo que é necessário “estabelecer um rigoroso controle sobre a atuação policial” (2013, p. 708).

Contudo, em outras obras, argumenta-se, na contramão, que a remissão legal à “fundada suspeita” consubstancia uma exigência de cunho restritivo constante da própria lei, que deve então ser entendida como uma proibição legal de prática de buscas arbitrárias fundadas na mera intuição do policial. Assim, Tornaghi (1997, p. 468) ressalta que a lei processual penal existe, no ponto, para a garantia do particular em face do abuso e da prepotência e a fim de assegurar a sociedade contra a desordem, de modo que sua aplicação deve ter por diretriz o limite intransponível da esfera das liberdades públicas protegidas na Constituição.

Trilhando orientação similar, observam Demercian e Maluly que a existência de “fundada suspeita” é indissociável da ideia de busca pessoal, razão pela qual os policiais não podem, a seu talante, sob o manto do poder preventivo de polícia, proceder a busca desprovida

de fundada suspeita, vale dizer, “de razoável probabilidade (e não mera possibilidade), calcada num mínimo de viabilidade lógica e fática” (2014, p. 368). No mesmo sentido, observam Távora e Alencar (2012, p. 474) que a “fundada suspeita” não se confunde com conjectura ou especulação, uma vez que demanda elemento sólido e plausível que justifique a medida. Outrossim, Rangel argumenta que a lei demanda um dado objetivo e concreto para a formação da suspeita: “[o] simples olhar do policial, entendendo tratar-se de um carro suspeito ou de uma pessoa suspeita, por exemplo, não pode autorizar a busca e apreensão” (2014, p. 158).

Assim, Renato Marcão aponta que a “fundada suspeita” é a “convicção lastreada ao menos em algum elemento indiciário, mínimo que seja” (2014, p. 578), o que exclui a possibilidade de a busca ser motivada pelo arbítrio do policial. Nesse passo, alerta que “a providência só restará autorizada diante de *fundada suspeita*, e não *mera intuição* ou *capricho policial* despido da necessária preocupação que se deve ter com a integridade das garantias fundamentais dispostas objetivamente na Carta Política” (2014, p. 578). Entende-se então que “[n]ão satisfazem a exigência legal meras conjecturas ou impressões subjetivas (tino policial, por exemplo), mas elementos e circunstâncias concretas, objetivas, capazes e suficientes para motivar a conduta policial” (OLIVEIRA, A., 2014, p. 55). No mesmo sentido, quanto ao ponto, Nucci (2012, p. 552, 558-559) aponta a busca pessoal tem como “escudo protetor” a proteção constitucional à intimidade e à vida privada (CF/88, art. 5º, X), razão pela qual sua legalidade se condiciona à “fundada suspeita”, ao passo que a mera suspeita é demasiado vaga, assentada na simples intuição do agente policial, ainda que calcada em sua experiência ou pressentimento.

É interessante notar então que a preocupação com o abuso de poder aparece de modo bastante similar nas obras publicadas antes do advento da CF/88. Já com uma visão crítica às expressões “fundadas razões” e “fundada suspeita”, Magalhães Noronha (1983) pontua que a sua vagueza é contrária ao caráter excepcional e constrangedor da medida e a solução seria uma interpretação restritiva da lei. Por outro lado, visualizando na lei um empecilho ao abuso de poder, Romeu Barros (1982, p. 399) aponta que, em função da exigência de fundada suspeita, “a autoridade que determina a autoridade que determina ou efetiva a busca pessoal” deve “dispor de elementos para justificar o seu ato, evitando abusos e vexames desnecessários por parte de quem sofre a busca”. E Ivan de Andrade (1958, p. 262), por sua vez, ressalta que a fundada suspeita “exclui o arbítrio, pois significa que esses atos somente podem ser praticados quando a possibilidade do encontro do que se busca resulte justificada por *indícios graves*”.

Nesse rumo, Espínola Filho (1955, p. 197-202) manifesta preocupação com a inviolabilidade domiciliar e com a liberdade pessoal e destaca três requisitos para a legalidade de uma busca (domiciliar ou pessoal): em primeiro lugar, a constatação de um crime de

gravidade que torne necessária a medida excepcional; em segundo lugar, indícios graves da culpabilidade do imputado; e, em terceiro, a forte presunção de que a busca permitirá obter os elementos procurados. Assim, entende que “para não degenerar a medida, sem dúvida violenta, num abusivo constrangimento, o que se faz mister é muito critério e muita circunspeção da autoridade, no aferir a base das razões de suspeitar que os objetos relacionem, de algum modo, com a infração, cuja prova se procura”. (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 197). E então salienta que a busca não deve ser “destinada a fazer incidir, sobre um indivíduo, suspeitas, por enquanto vagas e aplicáveis a outrem, mas a corroborar uma prova, que já se esboçou (*est amorcée*), e a apoiar presunções já estabelecidas” (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 198).

Porém, na sequência, Espínola Filho faz um elogio a buscas pessoais amparadas em uma “intuitiva oportunidade” – a lembrar, pois, a noção de “tirocínio” – e defende a validação da busca por seus resultados (apreensão de provas incriminadoras) e não pela gravidade e concretude da suspeita que a fundamentou. Tal posição resulta na neutralização de todos os três requisitos de legalidade da busca listados pelo próprio autor. Extrai-se de sua obra:

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 tranqüilidade 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 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, permanente desrespeito (este, sim, manifesto, evidente) das determinações legais (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p. 214).¹⁵¹

Assim, de mais a mais, ante o apanhado doutrinário acima, extrai-se que a vasta maioria dos autores, mesmo antes do advento da CF/88, reconhece a afetação de direitos e liberdades fundamentais pela prática da busca pessoal e ressalta a necessidade de que a medida tenha um fundamento objetivo que ultrapasse a senda da mera intuição. Para tanto, alguns opinam que a expressão “fundada suspeita” é demasiado vaga e configura uma abertura ao arbítrio policial. Apesar disso, não esboçam nenhuma tentativa de conferir maior objetividade e concretude à “fundada suspeita”, nem mesmo quando propugnam por alterações legislativas. Outros, em sentido oposto, ressaltam que a exigência da “fundada suspeita” já constitui um

¹⁵¹ Neste trecho, o autor faz menção a julgados que seriam anteriores à edição do CPP (de 1941) e que já validariam buscas pessoais independentemente de permissivo legal. Contudo, nenhum julgado é identificado pelo autor.

empecilho ao arbítrio policial. Não obstante, a lição é restrita ao plano normativo, pois pouca ou nenhuma consideração é tecida quanto ao manejo cotidiano desse conceito pelas polícias.

Nesse cenário, identifica-se, de um lado, uma crença cega nos limites legais que são diariamente desobedecidos pelo aparato policial e, de outro, uma crítica à suposta vagueza da lei desatenta de seu próprio conteúdo e desatrelada de propostas concretas de superação do problema. Com isso, não se firmam parâmetros mínimos para o controle da atuação policial, de modo que a retórica doutrinária preocupada com os direitos fundamentais pode conviver com uma rotina de buscas pessoais arbitrárias e abusivas.

3.7. A leitura incompleta do art. 244 do CPP e a desvirtuação da suspeita: da “fundada suspeita” (de posse de corpo de delito) à “atitude suspeita”

Consoante abordado acima, é comum na doutrina processual penal a constatação de que a expressão “fundada suspeita” constante do art. 244 do CPP é demasiado vaga, ampla e genérica e, por isso, contrapõe-se ao caráter excepcional da busca pessoal e pouco contribui para o seu controle de validade. Argumenta-se que “a fundada suspeita não tem contornos expressos” (NASSARO, 2003, p. 140) e constitui uma expressão “ambígua e oca” (PITOMBO, C., 2005b, p. 153), que configuraria “uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 719). Desvios na prática da busca são então atribuídos à deficiência da lei. Outros autores, noutro extremo, argumentam que a “fundada suspeita” é um limitador da discricionariedade policial (TORNAGHI, 1997, p. 468; BARROS, R., 1982, p. 399; MARCÃO, 2014, p. 578). Ignoram por completo, pois, o cenário atual de prática generalizada da busca pessoal como rotina do policiamento ostensivo.

No entanto, esses embates doutrinários, centrados em torno da expressão “fundada suspeita”, amparam-se em uma leitura incompleta do art. 244 do CPP. Com efeito, esse dispositivo legal não exige mera “fundada suspeita”, genérica e indeterminável, para a prática de busca pessoal. Ao revés, o artigo 244 do CPP requer a fundada suspeita *de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*.

Portanto, a menção ao termo *suspeita*, no dispositivo legal, é acompanhada não só por um adjetivo antecedente (“fundada”), mas também por um complemento subsequente (“de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de

delito”). No ponto, cabe assentar que o adjetivo “fundado” é variante de “fundamentado”¹⁵², que significa “assentado em bases, razões, motivos sólidos” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1.404)¹⁵³. Por outro lado, a “suspeita” (substantivo) é definido como a convicção “fundamentada em *indícios*, mas não provada, *a respeito de algo ou de alguém*” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.648, sem grifos no original)¹⁵⁴. Portanto, na própria definição de “suspeita”, há a remissão à fundamentação em indícios relativos a um complemento. Assim, a “fundada suspeita” constitui uma convicção a respeito de algo ou alguém que, de modo destacado, está fundamentada em indícios que lhe confirmam base sólida.

Logo, a “*fundada suspeita* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”, constante do art. 244 do CPP, constitui a suspeita *fundamentada em indícios* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Noutros termos, com base na definição de “indício” do art. 239 do CPP¹⁵⁵, exige-se a suspeita fundada em *fatos ou circunstâncias certas, que autorizem, por indução, a conclusão de que a pessoa possui consigo tais objetos*.

Portanto, a exigência de que a suspeita seja “fundada” delimita o grau de convencimento necessário para a busca pessoal: exige-se um juízo de *probabilidade* (amparado em indícios) e não de *certeza* (amparado em provas que afastam dúvida razoável), o qual se refere, por sua vez, ao objeto da suspeita (posse de arma proibida/corpo de delito). Com efeito,

¹⁵² De outra parte, de acordo com o Houaiss (2001, p. 1.404), “fundamento”, seria, em um sentido figurativo, a “base sólida que legitima ou autoriza alguma coisa; causa, fundo, motivo, razão” (2001, p. 1.404). Os verbos “fundar” e fundamentar” possuem um elemento etimológico comum, qual seja, o elemento antepositivo “fund”, do latim, sinônimo de “auctor” (“o que dá base, o que confirma ou ratifica”) (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1.403).

¹⁵³ É o verbete extraído do dicionário: “fundado adj. 1 construído com base, alicerce firme (diz-se de edifício) [...] 2 instituído segundo direitos e finalidades determinados 3 fig. Apoiado ou firmado em motivos fortes, seguros; fundamentado, justificado, motivado” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1.404)

¹⁵⁴ “suspeita s.f. ato ou efeito de suspeitar 1 conjectura, convicção ou opinião, fundamentada em indícios, mas não provada, a respeito de algo ou de alguém; desconfiança, suposição, suspeição”. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.648). Portanto, a expressão “fundada suspeita” implica uma ênfase ao caráter fundamentado da suspeita, o qual pode ser considerado, ademais, como um elemento já insito ao termo “suspeita” e que, no entanto, é especialmente realçado na expressão “fundada suspeita”. Em sentido diametralmente oposto ao da definição constante do dicionário citado, Sérgio Moraes Pitombo conceitua “suspeitar” como o ato de conjecturar ou desconfiar *sem base sólida* e atribuir a qualidade de suspeito(a) a determinada pessoa, coisa ou fato. Conclui então Sérgio Pitombo que ou a expressão “fundada suspeita” é uma contradição em si mesma, ou então tal caráter leve e genérico da suspeita está ausente da expressão, a qual significaria um juízo de probabilidade (e não de mera possibilidade) fundamentado em indícios (tal como em HOUAISS; VILLAR, 2001). É o teor de suas ponderações: “O suspeitador conjectura, desconfia, possui leve opinião subjetiva a respeito do objeto. Suspeitar é imputar, taxar de suspeita a pessoa, a coisa ou o fato. [...]. Ora, se a suspeita se insere no juízo do possível, e, se este inadmitte arrimo em fortes razões, sendo neutral, então: de duas uma, ou a expressão fundada suspeita encerra contradição em si mesma, ou suspeita fundada se assemelha a indícios (juízo do provável)” (PITOMBO, S., 1973, p. 134-136).

¹⁵⁵ CPP, art. 239: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Ressalta Espínola Filho (1955, p. 182) que o indício é uma “circunstância conhecida, certa, provada” que pode levar a uma conclusão por meio de uma *presunção*, esta calcada na *probabilidade* de ligação do indício à conclusão.

não há como compreender a significação do adjetivo “fundada” sem correlacioná-lo ao objeto (complemento) da suspeita. Nenhum sentido faria admitir a prática da busca a partir de um juízo de probabilidade (indícios), sem indicar qual é o objeto de tal probabilidade. A noção de “*fundada* suspeita” não significa nada a menos que haja um objeto dessa suspeita.

Feito tal esclarecimento, cabe notar que, nos termos do art. 244 do CPP, a suspeita que justifica a busca pessoal se refere à posse de dois tipos de objetos pelo indivíduo: arma proibida ou outros objetos/papéis que constituam corpo de delito. No caso do porte de *arma proibida*, o objeto procurado já está delimitado pela própria norma, ao passo que, no caso de *corpo de delito*, é necessária, logicamente, a prévia delimitação da infração penal cujo corpo de delito estaria em posse do indivíduo. Não há como se suspeitar da posse de corpo de delito sem que antes se suspeite da prática de um delito, ao qual aquele se refere. Por conseguinte, para praticar a busca pessoal, o policial deve ter indícios de que foi praticada uma infração penal cujo corpo de delito (arma proibida ou outro objeto)¹⁵⁶ está em posse do indivíduo.

Não obstante, a dicção desse dispositivo legal é lida parcial e incompletamente pela própria doutrina processual penal, pois a “fundada suspeita *de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*” é reduzida à mera “fundada suspeita”, sem complemento. Opera-se, pois, um decote desautorizado dos objetos cuja fundada suspeita de posse justifica a busca pessoal. Consequentemente, a exigência de indícios (“fundada suspeita”) da posse de arma proibida ou corpo de delito para a busca pessoal é abandonada e esta é justificada pela percepção de uma “atitude suspeita”, “indivíduo suspeito”, ou “situação suspeita”, independentemente de com a prática de uma infração penal cujo corpo de delito poderia estar em posse do indivíduo.

Verifica-se aí uma desvirtuação da *suspeita* exigida pelo art. 244 do CPP, que perde a referibilidade a um complemento objetivo delimitado na lei e se torna um mero adjetivo, que pode ser atribuído pelo policial a quaisquer atitudes, pessoas ou situações, ainda que não seja articulada nenhuma relação entre tal pessoa/atitude/situação e a posse de arma proibida/corpo de delito. Como consequência, a menção legal à *suspeita*, em vez de limitar as possibilidades de execução da busca pessoal, torna-se potestativamente manipulável pelo policial.

A diferença entre a “fundada suspeita” de posse de arma proibida ou de corpo de delito, em relação à “atitude suspeita” (ou ao “indivíduo suspeito”, à “situação suspeita”, entre outros) deve, então, ser enfatizada. Como visto, a própria definição do *substantivo* “suspeita” já contém a remissão à fundamentação em indícios relativos a um complemento, que é enfatizada pelo

¹⁵⁶ Conforme se esclarecido em tópico a seguir, a arma proibida é uma espécie de corpo de delito.

adjetivo “fundada”. Por outro lado, na definição do *adjetivo* “suspeito”, está ausente a noção de “fundamento” e, também, está ausente a referência a um complemento, pois é definido apenas como aquele “que suscita inquietação ou cuidado” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2.648). Assim, o adjetivo “suspeito” não possui a mesma carga semântica que o substantivo “suspeita”, pois aquele se refere à mera fonte de inquietação, desprovida de embasamento em indícios. A mera leitura atenta das expressões já indica, portanto, que a equiparação da indicação de *fundada suspeita (de posse de arma proibida ou de corpo de delito)* à mera percepção de *atitude/situação/pessoa suspeita* é caracterizada por um equívoco duplo: com a troca do substantivo (adjetivado e complementado) pelo mero adjetivo, de um lado, abandona-se a exigência de fundamentação em indícios e, de outro, abandona-se a referência ao complemento.

Nesse sentido, cabe enfatizar que a detecção de “atitudes suspeitas”, em última instância, reduz-se a um juízo de mera *adjetivação* e, portanto, de mera opinião, o que o torna incontrolável. Pode-se argumentar, simplesmente: “às vezes uma coisa pode ser suspeita para mim, mas não pode ser suspeita para outra pessoa, vai depender do ponto de vista” (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 37). Noutro giro, o juízo de subsunção da identificação da *fundada suspeita de posse de arma proibida/corpo de delito* exigida pelo art. 244 do CPP não se reduz a um juízo de mera adjetivação. Na aplicação desse permissivo legal, não se deve qualificar ou rotular atitudes, pessoas ou situações como suspeitas. Deve-se indicar fatos e circunstâncias que constituam indícios objetivos da posse de arma proibida/corpo de delito, em um juízo de subsunção normativa passível de revisão posterior.

Nesse cenário, constata-se que os policiais mencionam a “atitude suspeita” ou até mesmo a expressão legal “fundada suspeita” para construir uma suspeição que, embora seja distinta daquela exigida pela lei, visa a com ela se confundir. Essa tática tem sido bem-sucedida, pois o discurso policial, embora vago e lacunar, tem sido rotineiramente chancelado pelas agências judiciais, que referendam a prática de buscas amparadas na percepção de “atitudes suspeitas” que não raro nem sequer são concretamente descritas pelos policiais. Quanto ao ponto, Gilvan Silva (2009, p. 78) anota que há fluidez nas justificativas utilizadas pelos policiais para legitimar as abordagens, as quais respondem aos questionamentos a elas direcionados:

[A]s técnicas policiais aprendidas são executadas com variações no trabalho policial. É um sistema híbrido em que a doutrina policial se mescla com os saberes constituídos pelos policiais. Quando as ações policiais são questionadas pelos indivíduos, há uma tendência em demonstrar que essa ação é fundamentada pela doutrina, visando deste modo, legitimar a ação policial. Quando há a necessidade de interagir com outras instituições (Polícia Civil, Sistema Judiciário, entre outros), ocorre a aproximação da fundamentação teórica com a realidade. Entretanto, os saberes policiais (currículo oculto e conhecimento empírico) são os principais orientadores das ações policiais.

A referência genérica à suspeição na fundamentação das buscas pessoais funciona então como um mecanismo automático de validação das escolhas policiais e, concomitantemente, como um mecanismo de afastamento da responsabilidade judicial pela seletividade dessas práticas policiais, já que a adjetivação de atitudes/indivíduos/situações como suspeitas se submeteria a critérios impassíveis de revisão judicial.

Em tal contexto, a famigerada “atitude suspeita” (bem como o “indivíduo suspeito”, a “situação suspeita” etc.) deve ser desvelada como uma expressão atrelada a uma compreensão equivocada da aplicação do permissivo legal da busca pessoal, pois não se relaciona a um juízo de probabilidade da posse de corpo de delito ou arma proibida lastreado em indícios, mas sim a um juízo genérico de estranheza e (não) pertencimento. A diferença entre os conceitos é evidenciada pela própria observação das estatísticas oficiais (apresentadas no capítulo anterior): se as “atitudes suspeitas” embasadoras das buscas realizadas fossem mesmo fundadas em indícios da posse de arma proibida/corpo de delito, o percentual de descoberta de crimes não se reduziria a patamares tão insignificantes, não raro inferiores a 1%.

Portanto, é só a partir do abandono do complemento da “fundada suspeita” exigida pelo art. 244 do CPP (posse de arma proibida ou corpo de delito) que pode ser esboçada alguma aproximação entre o juízo de subsunção normativa amparado nesse dispositivo legal e os juízos de adjetivação potestativa de lugares, situações, atitudes e pessoas como suspeitas a partir da “experiência de rua” pelos policiais. E, igualmente, é só a partir dessa leitura incompleta do art. 244 que se pode consolidar a orientação doutrinária no sentido de que a regulamentação legal da busca pessoal é vaga, imprecisa e deficiente. Cumpre então notar que

não apenas as normas penais se ressentem de linguagem vaga e/ou ambígua e fluidez de limites incriminadores e o ordenamento jurídico de contradições internas, mas também o instrumental dogmático que a elas se superpõe se ressentem das mesmas características (conceitos igualmente imprecisos na fixação de parâmetros decisórios, teorias e métodos internamente contraditórios), permitindo aumentar, e não reduzir a indeterminação normativa e a elasticidade decisória, dando lugar a soluções diferentes para casos iguais. Não obstante, tal circunstância é ocultada precisamente pela afirmação de que a Dogmática possibilita maximizar a uniformização e certeza das decisões judiciais. (ANDRADE, V., 2003, p. 273)

Por isso, importante ponto a ser fixado quanto ao tema é a leitura completa do art. 244 do CPP, o qual exige uma condição estrita para a busca pessoal sem mandado prévio. A lei não é vaga e indefinida nesse particular. Assim, não é preciso muito esforço hermenêutico para concluir que é ilegal a prática de buscas pessoais com base em genérica “atitude suspeita” de determinado indivíduo reputado destoante em determinado contexto socioespacial, ou mesmo,

de modo mais evidente, de “buscas pessoais coletivas” realizadas generalizadamente em espaços públicos ou meios públicos de transporte, tal como detectado no capítulo anterior.

Por conseguinte, a leitura atenta do dispositivo coloca em xeque a necessidade de mudança legislativa como única solução definitiva para a inibição da prática arbitrária e abusiva de buscas pessoais. Caso o art. 244 do CPP só exigisse a “fundada suspeita” para a prática da busca pessoal, de fato a irresignação perante a lei estaria justificada. Caberia indagar: Suspeita de quê? Fundada em quê? Busca para quê? Não obstante, extrai-se do texto legal vigente que a prática da busca pessoal demanda um juízo de probabilidade a respeito da posse de dois objetos delimitados (arma proibida/corpo de delito) pelo indivíduo a ser revistado, o qual inclusive evidencia a instrumentalidade probatória da medida, conforme abordado no tópico a seguir.

3.8. Da desvirtuação da suspeita à desfuncionalização da busca pessoal: de medida processual instrutória a medida de polícia preventiva

A leitura completa do art. 244 do CPP viabiliza a identificação das finalidades da busca pessoal sem mandado prévio e, com isso, permite definir a natureza jurídica dessa medida. Deveras, de acordo com esse dispositivo, a busca pessoal sem mandado prévio – salvo nas hipóteses em que for meramente incidental a busca domiciliar ou a prisão – tem uma finalidade delimitada: a apreensão de *arma proibida* ou de *objetos e papéis constitutivos de corpo de delito*. Trata-se de objetos com valor probatório. Portanto, nesses casos, a busca pessoal tem sempre natureza jurídica de *medida instrutória* (meio de obtenção de prova).

Extrai-se daí que o art. 244 do CPP não fornece autorização para a execução de buscas pessoais com finalidade preventiva. Buscas orientadas à intimidação de criminosos em potencial, à garantia da sensação de segurança, à afirmação da presença policial, entre outros propósitos de matiz preventivo, não estão contemplados pelo art. 244, que formata a busca pessoal como medida de obtenção de objetos com relevância probatória para o processo penal.

Há que se ressaltar, pois, que, sob o regime da legalidade estrita, a prática da busca pessoal deve se adstringir às suas hipóteses legais de cabimento. Assim, a busca pessoal sem mandado prévio, autorizada pelo art. 244 do CPP, deve servir à persecução penal e, em especial, à obtenção de elementos com relevância probatória, razão pela qual é intolerável a sua “desfuncionalização” e a sua utilização “de modo cênico” (PITOMBO, C., 2005a, p. 3). De fato, é possível falar em desfuncionalização e, portanto, em ilegalidade da busca pessoal, em todos esses casos em que, embora a instrumentalidade probatória, insiste-se em praticá-la com

fundamentação preventiva genérica e com motivos diversos aos contemplados pela lei, tais como preservar a ordem, prevenir o crime ou fornecer sensação de segurança à população.

Por outro lado, a exegese corriqueira do art. 244 do CPP, ao reduzir o requisito da busca pessoal à mera *fundada suspeita* (desprovida de complemento), impede a identificação das finalidades da medida, já que a “fundada suspeita” pode fazer referência a qualquer complemento. Assim, uma vez alargada a dicção do permissivo legal, tem-se sustentado que haveria duas espécies de busca pessoal: a processual (instrutória) e a preventiva (cf. NASSARO, 2003; CHOUKR, 2014; RAMOS, 1998; LIMA, 2014a). No primeiro caso, a busca pessoal estaria vinculada a uma finalidade instrutória e dependeria de indícios da posse do elemento probatório procurado (condição limitativa). No segundo caso, a busca pessoal poderia ser praticada com finalidade preventiva geral e dependeria da mera adjetivação/rotulação de atitude, pessoa ou situação como suspeita pelo policial (condição potestativa).

Como consequência, a busca pessoal não seria necessariamente medida de obtenção de prova, executada no curso da investigação ou da instrução (típica de polícia judiciária), pois poderia constituir também medida preventiva (típica de polícia ostensiva), executada independentemente de indícios de qualquer delito. Passa-se a admitir a sua prática em face de quaisquer “atitudes suspeitas”, mesmo que desprovidas de vinculação com crime punível. Verifica-se, aí, o desvio de finalidade e a desfuncionalização do ato: a busca pessoal transmuda-se de medida instrutória em medida preventiva. Assim, a leitura incompleta do art. 244 do CPP, ao desvirtuar o objeto da suspeita e obliterar a finalidade instrutória da busca, viabiliza sua execução como procedimento de polícia ostensiva, conforme examinado no capítulo anterior.

Nesse sentido, ao manifestar-se sobre a busca em caráter geral (e não apenas sobre a busca pessoal autorizada pelo art. 244 do CPP), Garcez Ramos argumenta que os artigos 240 a 250 do CPP poderiam ser erigidos como fundamento para a prática de busca como uma “providência preventiva de natureza policial”:

[A] *busca e apreensão* é utilizável, no processo penal condenatório, como a) providência tendente à privação da liberdade do imputado, b) providência dirigida à proteção da atividade instrutória c) providência preventiva de natureza policial e, finalmente, d) medida preordenada à viabilização da responsabilidade civil decorrente do crime. (1998, p. 277)

Para Ramos (1998), nas hipóteses “a” e “d” – busca orientada à efetivação de prisão ou de medida patrimonial de urgência – a busca é mero meio de execução de outras medidas

do processo penal e sua natureza jurídica seguirá a da medida principal¹⁵⁷. Na hipótese “b” – busca orientada à proteção da atividade instrutória –, a busca terá natureza cautelar, ponto em que se alinha à doutrina dominante acima mencionada¹⁵⁸. E, ao contemplar a hipótese “c”, o autor vislumbra a possibilidade da prática da busca como “providência preventiva de natureza policial”¹⁵⁹. Para sustentar esta última hipótese, Ramos confere leitura ampliativa às sete primeiras alíneas do § 1º do art. 240 do CPP (“a” a “g”) e argumenta que, nesses casos, a busca não tem referibilidade à pretensão condenatória de um processo criminal determinado:

Não é cautelar, por falta de *referibilidade* à pretensão condenatória de um determinado processo criminal, a *busca e apreensão* utilizada como medida de policiamento preventivo. Essa hipótese ocorre por exemplo, quando a autoridade - policial ou judiciária - vale-se da medida para prender criminosos, para apreender pessoas vítimas de crimes ou, ainda, para apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, quando qualquer desses objetos ou pessoas não estejam diretamente relacionados com a infração penal que seja objeto do trabalho de pesquisa da autoridade. (RAMOS, 1998, p. 279)

Assim, Ramos (1998) entende que as hipóteses elencadas nas alíneas “a” a “g” do § 1º do art. 240 consistem em amplas autorizações para buscas sem instrumentalidade processual, as quais visariam a coibir possíveis infrações futuras. No entanto, buscas que não possuam nenhuma vinculação à tutela almejada no processo penal não apenas carecem de natureza cautelar (como reconhece o autor), mas também carecem da própria natureza processual penal. Com efeito, não há como afirmar que “a busca e apreensão é utilizável, no processo penal condenatório” (RAMOS, 1998, p. 277), com finalidades totalmente desvinculadas de tal

¹⁵⁷ Assim, a hipótese “a” seria relativa à alínea “a” do § 1º do artigo 240 do CPP, ao passo que a hipótese “d” do mesmo dispositivo legal abarcaria a alínea “b” do mesmo dispositivo legal.

¹⁵⁸ Essa hipótese abarcaria todas as alíneas do § 1º do artigo 240 do CPP.

¹⁵⁹ Para tanto, Ramos (1998, p. 298) ampara-se em especial na alínea “d” (busca para “apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso”). Aduz então que “é possível que não estejam ocorrendo sequer atos preparatórios de infração penal mas, mesmo assim, autoriza-se a medida”. Nesses casos, aduz o autor que a busca funcionaria “como meio de execução de uma política estatal dirigida ao combate preventivo ao crime, política essa que permeia o vigente Código de Processo Penal”. A leitura ampliativa assim feita do dispositivo admite, então, a apreensão de armas e munições “destinados a fim delituoso” sem que haja qualquer investigação de crime atual/pretérito. A hipótese exclui os casos de porte ilegal de armas e munições, caso em que estas constituem corpo de delito e não mero instrumento de crime. Com isso, acaba admitindo o autor que ocorra a apreensão de objetos cujo porte é lícito, a partir de uma conjectura de que poderão ser utilizados para crimes futuros, sem que haja nem mesmo investigação para aferir se o indivíduo já praticou algum crime com instrumento similar. Trata-se de elucubração fantasiosa e, ademais, fruto de uma maximização desmesurada do poder policial a partir de tal “combate preventivo ao crime” que permearia o autoritário CPP, lembrando os universos distópicos retratados em obras ficcionais tais como o longa-metragem *Minority Report*. Assim, deve-se interpretar a hipótese legal como autorizativa da apreensão de armas, munições e instrumentos que tenham correlação com o crime sob investigação, ainda que não haja comprovação de seu efetivo emprego para a prática do crime. Por exemplo, imagine-se que, no curso de investigação de tráfico de drogas praticado por associação criminosa, encontram-se na casa de um suspeito balanças de precisão. Ainda que não se tenha a comprovação cabal de seu emprego na prática do delito, há elementos concretos que indicam a sua possível destinação à prática criminosa investigada e autorizam a sua apreensão.

“processo penal condenatório”. Há aí contradição insuperável, repetida no posicionamento de Alfredo da Costa (1966) e Marcellus Lima (2014a).

Em caráter geral, é forçoso reconhecer, portanto, que “providências preventivas de natureza policial”, dissociadas de qualquer instrumentalidade processual, não constituem atos processuais penais e, portanto, não encontram permissivo legal no direito processual penal. Assim, eventual intervenção policial destinada a, em caráter preventivo, coibir a prática de possíveis e hipotéticas infrações penais futuras, sem qualquer instrumentalidade processual, tal como aventa Ramos (1998), é uma intervenção desprovida de natureza processual penal. No particular, esclarece Marinoni que, de fato, a *tutela preventiva* não ostenta instrumentalidade e referibilidade em relação ao objeto do processo e, noutro giro, possui caráter satisfativo. Assim, “quando se teme um eventual ilícito, ou mesmo um eventual dano, a tutela que deve ser dirigida a impedir a sua produção é a inibitória” (2006, p. 209), a qual “tem por fim impedir a prática de um ilícito” (2008, p. 71) e “não é tutela de segurança de uma outra tutela” (2011, p. 41), vale dizer, não é provida de instrumentalidade processual. Por conseguinte, é inequívoco que os artigos 240 e seguintes do CPP, que regem a busca como ato processual penal, não conferem autorização para a execução de “buscas preventivas”. Interpretação em sentido contrário implicaria admitir a instrumentalização da legislação processual penal como mero pretexto para a prática de intervenções totalmente desprovidas de relação com o processo penal.

Nesse passo, em particular no que toca à busca pessoal sem mandado prévio, como esta exige prévia fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito, nos termos do art. 244 do CPP, pressupõe-se a prática pretérita ou atual de uma infração penal a ser objeto da persecução penal, o que exclui por completo a possibilidade de a medida visar à prevenção de possíveis infrações penais futuras. De outra parte, é somente a partir da leitura incompleta do art. 244 do CPP, segundo a qual a busca pessoal exige apenas uma vaga “fundada suspeita” (sem complemento), que se pode argumentar que tal dispositivo autoriza buscas “preventivas”.

Portanto, de mais a mais, o art. 244 do CPP não contém permissivo para a busca pessoal como expediente de rotina do policiamento ostensivo, de natureza alegadamente preventiva, como diagnosticado no capítulo anterior. Esse dispositivo somente autoriza a busca pessoal como medida instrutória, orientada à obtenção de provas de fato aparentemente punível. Noutro giro, no último capítulo desta dissertação, tendo em mira as diretrizes constitucionais e legais pertinentes, analisa-se a possível validade de busca pessoal com instrumentalidade preventiva/inibitória, orientada a interromper ou coibir práticas lesivas ou concretamente perigosas. Ressalta-se que não há permissivo legal para tal medida, razão pela qual essa espécie

de busca só pode ser praticada como ato de coerção direta imediata com base em causa excludente de ilicitude – em especial estado de necessidade e legítima defesa.

3.9. A busca pessoal como medida policial preventiva validada pelo art. 144, § 5º, da CF/88: uma concepção disciplinar do poder policial

Tendo em mira que a busca processual penal é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade, Cleunice Pitombo adverte que a busca pessoal, regulamentada nos artigos 240, § 2º, e 244 do CPP, não se confunde com eventual busca movida por finalidade preventiva, tal como argumentado acima. Contudo, aduz a autora que, embora a legislação processual penal não dê suporte a medidas meramente preventivas, a realização de *revistas administrativas* pela polícia estaria amparada no poder-dever de vigilância inerente aos órgãos policiais:

Não há que se confundir, porém, a diligência realizada pela polícia judiciária, ao praticar atos que poderão integrar o processo penal, revestida de todas as formalidades legais, com o poder-dever estatal de vigilância inerente aos órgãos de polícia (art. 144, § 4º, da Const. da República). A atividade preventiva exercida pela polícia, segundo Vincenzo Manzini, “não tem o escopo processual, nem de polícia judiciária, a *‘perquisizione personali’* feita de ofício e pelos agentes de segurança pública. Os fins desta atividade são de vigilância ou de segurança e não se destinam a procurar coisas relativas ao delito já cometido ou conhecido, ou ao menos suspeito”. Assim, para garantir a paz pública, os órgãos da polícia podem efetuar busca administrativa, sem qualquer conotação processual. (2005b, p. 155)

Assim, embora a distinção entre busca pessoal, de natureza processual penal, e “busca administrativa” seja bem esclarecida pela autora, Pitombo (2005b) limita-se a mencionar o artigo 144 da CF/88 como o fundamento normativo da “revista administrativa de caráter preventivo”. Na sequência, ressalta que o direito brasileiro deve disciplinar com rigor essa modalidade de busca, mas não tece maiores considerações a respeito do tema.

Esse posicionamento é defendido, em especial, por autores com vínculo com as polícias militares. Alinhando-se à referida distinção, Franco Nassaro (2003; 2005) destaca que a busca, a depender do momento em que é realizada e, sobretudo, da finalidade que almejar, possuirá natureza processual ou preventiva. Se realizada antes da constatação de crime, consistirá em ato administrativo legitimado pelo poder de polícia, com objetivo preventivo, e gozará de presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e discricionariedade. Por outro lado, se realizada após o crime, ou em seguida à sua constatação, mesmo que subsequentemente a uma revista preventiva, terá natureza processual, pois orientada ao interesse do processo, mediante a obtenção, por exemplo, de objetos relevantes para a prova da infração.

Nesse mesmo sentido, com base nas obras de Cleunice Pitombo e Franco Nassaro, também Amaral Neto (2009) procede a uma distinção entre a busca pessoal (ato da persecução penal) e a revista pessoal (ato de polícia). Para ele, além da busca pessoal regulada nos arts. 240 a 250 do CPP, a polícia pode praticar a “revista pessoal preventiva”, que seria uma das principais ferramentas do poder de polícia preventivo, que tem embasamento no direito administrativo e a finalidade de preservação da ordem, com base no § 5º do art. 144 da CF/88¹⁶⁰.

Em sentido similar, José Wilson Gomes de Assis¹⁶¹ (2007, p. 5-6) distingue a busca pessoal da revista pessoal preventiva, e pontua os atributos desta espécie de abordagem policial, classificando-a como ato administrativo discricionário:

Busca pessoal preventiva é aquela executada pela Polícia Militar no exercício de sua atividade de polícia preventiva, com fulcro no seu poder discricionário de Polícia Ostensiva de Segurança Pública, visando à preservação da ordem pública e a prevenção da prática de delitos. [...].

A busca pessoal preventiva, por ser um ato administrativo discricionário de polícia, independe de ordem judicial para sua execução, todavia, deve atender a todos os requisitos¹⁰ do ato administrativo e, conseqüentemente, aos princípios administrativos, notadamente o da razoabilidade e proporcionalidade, sem olvidar-se da necessidade de sua motivação, principalmente quando esta for solicitada pela pessoa revista.

Assis (2007) ressalta que as normas de direito processual penal previstas nos artigos 240 a 250 do CPP não se aplicam à busca pessoal preventiva, de natureza administrativa. No entanto, o autor não indica nenhum dispositivo legal que dê amparo à revista preventiva, bastando-se a indicar o artigo 144, § 5º, da CF/88 como o dispositivo constitucional que permite às polícias militares atuarem preventivamente para preservar a ordem pública:

Aqui [ao efetuar a busca preventiva], ela [a polícia] não está atuando na ilegalidade como entendem os processualistas, uma vez que suas ações preventivas não dependem do CPP, pois decorrem da própria Constituição Federal, em seu art. 144, § 5º, quando estabelece que às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, bem como no direito administrativo (precisamente no direito administrativo da segurança pública). (ASSIS, 2007, p. 11).

Assis (2007) argumenta então que essa previsão constitucional constitui permissivo suficiente para a prática de revistas pessoais preventivas, dispensando autorização legal específica, com base no argumento de que a polícia precisa intervir sem restrições, pois sua

¹⁶⁰ Ao opinar sobre o fundamento legal para a busca proativa, Amaral Neto parece abandonar essa distinção entre busca pessoal e revista preventiva. Ao exaltar a prática de revistas preventivas como mecanismo de preservação da ordem, Amaral Neto defende a “manutenção do atual *status quo*”, com suporte no art. 244 do CPP (2009, p. 41). Assim, acaba remetendo ao art. 244 do CPP como o permissivo legal da medida que seria administrativa.

¹⁶¹ À época do artigo citado, José Gomes de Assis era 1º Tenente da Polícia Militar do Estado do Piauí (PMPI).

ação é indefinida, multiforme e imprevisível, de modo que “a legislação que pretendesse regular de antemão todos os atos da polícia seria impraticável e desastrosa” (2007, p. 1).

Nesse passo, Cleunice Pitombo (2005b), Nassaro (2003), Amaral Neto (2009) e Assis (2007) entendem que as buscas preventivas não se confundem com as buscas processuais penais e vinculam o seu fundamento ao art. 144, § 5º, da CF/88, por definir a preservação da ordem como incumbência das polícias militares. Assim, pode-se constatar que tais autores admitem a prática de um ato coercitivo e restritivo de direitos sem previsão legal prévia, unicamente com base em uma norma genérica de repartição de atribuições entre os órgãos policiais.

Trata-se de entendimento disciplinar, que colide com o princípio da legalidade estrita – e em especial do postulado da *nulla coatio sine lege* –, haja vista que admite o uso da coerção sem a submissão a qualquer vínculo ou condição legal, de maneira potestativa por parte das agências policiais. Com isso, ante o poderio policial ilimitado, as liberdades civis são inócuas.

Portanto, é imprescindível identificar o caráter disciplinar da noção de que a busca pessoal pode ser exercida como procedimento de rotina com base no art. 144, § 5º, da CF/88, e também da noção derivada de que, ante a constatação de buscas pessoais discriminatórias, a solução seria generalizar indistintamente a prática das buscas, ao invés de exigir com mais rigor o preenchimento de seu requisito legal. Destaca-se daí, de fato,

um aspecto singular das opções políticas do uso da força no Brasil: a defesa da estratégia de generalizar a abordagem, independentemente das fundadas razões. A sugestão mais comum, além de negar a existência, para evitar discriminações foi, paradoxalmente também presente no GJN [Grupo de Jovens Negros], alargar os padrões de abordagem, abordando todos, independentemente: “Abordar todo mundo sem diferença” (PMBA); “Abordagem tem que ser feita a todos que estão num ambiente ou ônibus” (PMBA). Neste contexto, a aplicação do princípio da igualdade significaria que todos deveriam se submeter a ação da polícia sem contestar e que a polícia iria agir sobre todos indistintamente. (DUARTE *et al.*, 2014, p. 98-99)

Em oposição a tal cenário, é imprescindível notar que a disseminação de buscas generalizadas se alinha a “um padrão cultural muito difundido e incontestado que identifica a ordem e a autoridade ao uso da violência”, padrão esse ao qual é inerente a “deslegitimação dos direitos civis” (CALDEIRA, 2000, p. 136). Há que se destacar, então, que o art. 144, § 5º, do CF/88, que apenas atribui às polícias militares a incumbência de preservação da ordem pública, não regulamenta a prática da busca pessoal e não serve como permissivo para a sua execução. Só se poderia admitir a prática generalizada da busca pessoal, um ato coercitivo e invasivo, sem autorização legal prévia e específica, em um sistema disciplinar, em que todas as condutas são presumidamente proibidas e a fruição da liberdade é que exige permissão legal.

3.10. A taxativa finalidade da busca pessoal sem mandado: a apreensão de arma proibida e corpo de delito

Nos tópicos acima, esclareceu-se que, fora dos casos de busca pessoal incidental a prisão ou busca domiciliar, o art. 244 do CPP só autoriza a busca pessoal sem mandado prévio quando houver fundada suspeita da ocorrência de duas situações: o porte de arma proibida ou o porte de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. No ponto, a norma é dependente, pois a qualificação de “arma proibida” e de “corpo de delito” depende de outras normas que definam quais armas são proibidas e quais condutas são tipificadas penalmente a fim de reputar determinados objetos como corpo de delito.

Quanto ao *corpo de delito*, trata-se do “conjunto dos vestígios materiais deixados pelo crime” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 293). De modo mais minucioso, Romeu Barros (1982, p. 455) destaca que o corpo de delito possui três elementos: o *corpus criminis* em sentido estrito, que é “a pessoa ou coisa sobre as quais foram executados os atos definidos na lei como crime, ou a pessoa ou coisa que foi objeto deste”, o *corpus instrumentorum*, que são “as coisas mediante as quais se cometeu ou se tentou cometer o fato delituoso” e, por fim, o *corpus probatorium*, que são “todos os sinais, rastros e vestígios deixados pelo indiciado na consumação do delito” e abrange os fatos subsequentes à consumação. Assim, em especial no que toca à busca pessoal, esta pode se embasar na fundada suspeita da posse de quaisquer dessas espécies de corpo de delito: do próprio *corpus criminis* (v.g. *res furtiva*, moeda falsa, droga), de *corpus instrumentorum* (v.g. punhal, chave falsa), ou de *corpus probatorium* (v.g. roupas ou pertences ensanguentados após homicídio, objetos pessoais quebrados após rixa).

Por outro lado, quanto à *arma proibida*, conceitua-se *arma* como o “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas”¹⁶². Subdividem-se as armas em próprias (instrumentos de ataque ou defesa, especialmente designados para provocar lesão) e impróprias (objetos que, conquanto aptos a causar lesão, possuem finalidade principal diversa). Ademais, entende-se arma, em sentido estrito, como a *arma de fogo*¹⁶³ (que sempre configura arma própria). E, em sentido amplo, “arma” também abarca as *armas brancas*¹⁶⁴, que englobam os demais objetos com potencial vulnerante, vale dizer, com aptidão para causar lesões. Podem ser *próprias* (v.g. espada, soco inglês) ou *impróprias* (v.g. estiletas, canivetes).

¹⁶² Art. 3º, IX, do Decreto n. 3.665/00, que rege a fiscalização de produtos controlados pelo Exército.

¹⁶³ Dec. 3.665, art. 3º, XIII: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.

¹⁶⁴ Dec. 3.665, art. 3º, XI: artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga.

A posse e o porte de arma de fogo são crimes de acordo com a Lei n. 10.826/03 (artigos 12, 14 e 16), que, por sua vez, é regulamentada pelo Decreto n. 5.123/04, que define os conceitos de arma de fogo de uso permitido (art. 10) e uso restrito (art. 11). De outra parte, a Lei de Contravenções Penais (LCP) tipifica como contravenção a conduta de portar arma, fora de casa, sem licença da autoridade (art. 19). Na seara doutrinária e jurisprudencial, é altamente controversa a aplicabilidade, a extensão e a constitucionalidade desse tipo penal, de modo que é controversa a tipicidade penal do porte de arma branca¹⁶⁵.

De qualquer forma, a *arma proibida* constitui o *corpus criminis* dos crimes de posse/porte de arma de fogo (Lei 10.826, art. 12, 14 e 16) e da contravenção de porte de arma (LCP, art. 19). Por outro lado, a arma proibida pode configurar também o *corpus instrumentorum* de crimes de dano, tais como homicídio, lesão corporal, roubo. Nesse passo, o art. 244 do CPP, ao mencionar *arma proibida* e *objetos que constituam corpo de delito*, conferiu ênfase à arma proibida, que já constitui uma espécie de corpo de delito. Tal ênfase à arma proibida pode-se explicar pelo seu potencial lesivo, do qual decorre que ela pode configurar não só o *corpus criminis* das infrações de porte/posse de arma, mas também o instrumento (*corpus instrumentorum*) de crimes de dano praticados com violência contra a pessoa.

Portanto, é possível sintetizar que o art. 244 do CPP autoriza a prática da busca pessoal nos casos de fundada suspeita de porte de corpo de delito, em especial no caso de fundada suspeita de porte de arma proibida (espécie de corpo de delito).

¹⁶⁵ De acordo com a interpretação mais ampla conferida a esse tipo, a “licença da autoridade” refere-se apenas às armas de fogo, ao passo que, em relação às armas brancas (para cujo porte não se exige licença da autoridade), todas seriam de porte proibido. Nesse sentido, a contravenção em tela abrangeria tanto o porte de armas de fogo, quanto o porte de armas brancas e, com o advento de regramento específico quanto às armas de fogo (Lei n. 9.437/97 e Lei n. 10.826/03), a contravenção teria passado a abarcar apenas as armas brancas. Esse é o entendimento atual do STJ (cf. AgRg no RHC 26829; HC 141.997/MG). Atualmente, tramita o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 311/15, que visa a tipificar como crime (e não como contravenção) o porte de arma branca “com o fim de cometer crime”. A “arma branca” é definida pelo PLS como “qualquer artefato cortante ou perfurante” (cf. <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121417> Acesso em 24/7/16). Por outro lado, tendo em mira que a contravenção penal se configura pelo porte “sem licença da autoridade”, parcela da doutrina sustenta a inaplicabilidade do dispositivo ao porte de armas brancas, em relação às quais inexistiu imposição de licença para o porte (cf. NUCCI, 2010). De fato, trata-se de conclusão que decorre da mera leitura da lei, que não efetua a ambicionada separação entre armas de fogo e armas brancas. Nesse passo, se a norma criminaliza o porte desprovido de licença, então a inexigibilidade de licença para o porte torna a conduta atípica. Noutra giro, em virtude da amplitude indeterminada do dispositivo (norma penal em branco própria), a sua constitucionalidade é questionada em função de ofensa ao princípio da legalidade. A questão já teve repercussão geral reconhecida pelo STF (ARE 901.623). Por fim, há entendimento intermediário, de acordo com o qual o porte de arma branca só configura contravenção quando estiver configurado perigo concreto de seu emprego lesivo. Entende-se que “a arma branca somente será considerada como tal, isto é, como arma, quando potencializar concretamente, através de violência física ou grave ameaça, a ação do agente” (TJRJ, 0393592-64.2013.8.21.7000, Comarca de São Francisco de Assis). Só assim é possível delimitar minimamente a tipicidade da contravenção. Note-se que mesmo o PLS 311/15 – justificado pela suposta gravidade do porte de arma branca – exige o dolo específico.

3.11. Corpo de delito e consumação delitiva: busca pessoal e prisão em flagrante

O corpo de delito, compreendido como o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração, é a exteriorização da consumação delitiva. Nesse passo, Romeu Barros (1982, p. 450) pondera que o corpo de delito está “imediatamente ligado à consumação do próprio delito”:

Tal conceito importa em dizer que corpo do delito é a figura física do próprio delito. Desde logo se verifica que só as materialidades ligadas à consumação do delito. Nessas condições, a figura do delito se revela tanto mediante fatos permanentes como transitórios.

Disso resulta a afirmativa de Nicola Framarino Dei Malatesta: ‘O corpo de delito assenta, segundo a nossa opinião, nos meios materiais imediatos e nos efeitos materiais imediatos da consumação do delito, enquanto são permanentes, quer acidentalmente, quer por razões inerentes à essência de fato do delito – Tudo a que, quer como causa, quer como efeito, não tem ligações imediatas com a consumação do delito, será, quando diretamente percebido, uma prova material; mas não corpo de delito’. (BARROS, R., 1982, p. 450)

Essa vinculação com a consumação delitiva evidencia que pode haver uma proximidade temporal entre a busca pessoal orientada à apreensão de corpo de delito (CPP, art. 244) e a prisão em flagrante delito. A apreensão do corpo de delito em posse do indivíduo pode configurar hipótese de flagrante próprio (CPP, art. 302, I), sobretudo nos casos de crimes permanentes (CPP, art. 303), ou mesmo flagrante presumido – realizado “logo depois” do cometimento da infração penal, cf. CPP, art. 302, IV)¹⁶⁶.

Contudo, é necessário discernir os casos em que a busca pessoal é posterior (incidental) à prisão em flagrante e os casos em que a busca pessoal é praticada como medida autônoma e, após a sua execução, descobre-se objeto cujo porte configure flagrante delito e enseja a prisão (CPP, art. 302). Deveras, uma é a situação em que o policial, mesmo antes da prática da busca pessoal, já se depara com situação de flagrante delito, caso em que o policial já está autorizado a prender o indivíduo flagrado e, incidentalmente, proceder à busca pessoal do preso. Outra é a situação em que o agente policial tem a fundada suspeita do porte de arma de fogo ou de outro objeto constitutivo de corpo de delito e, após a realização da busca pessoal, confirma a prática delitiva e procede à prisão em flagrante delito do revistado. No primeiro caso, o preso é revistado (prisão antecede a busca). No segundo, o revistado é preso (busca antecede a prisão).

¹⁶⁶ Art. 302. “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

A distinção é importante, pois a dispensa de mandado prévio para a prisão em flagrante delito exige um juízo de *certeza* quanto à prática delitiva. A certeza e a imediatidade do delito são exatamente as características da flagrância delitiva, que justificam a excepcional privação de liberdade independentemente de prévio crivo jurisdicional. Assim, a busca incidental à prisão em flagrante delito pressupõe o prévio juízo de certeza quanto à prática delitiva.

Por outro lado, nos casos de busca pessoal autônoma, com base na fundada suspeita de porte de arma proibida ou outro objeto constitutivo de corpo de delito, nos termos do art. 244 do CPP, não se exige juízo de *certeza* quanto à prática delitiva. Exige-se apenas um juízo de *probabilidade* quanto ao porte de objeto relacionado à infração penal e constitutivo de corpo de delito. Por isso, nesses casos, o indivíduo não pode ser preso, mas meramente revistado: o menor grau de convencimento quanto à prática delitiva enseja também uma intervenção policial dotada de menor grau de restrição aos direitos fundamentais do indivíduo.

Daí ser equivocado concluir que a “fundada suspeita de porte de arma proibida” configura situação de flagrante delito, como aduz Marcão (2014), pois, se há apenas “fundada suspeita” do porte de arma proibida, então não há “flagrante” delito. Apenas a confirmação do efetivo porte da arma, após a prática da busca, é que configurará o flagrante. A exigência de “fundada suspeita” para a busca pessoal constitui, portanto, lembre-se, a exigência de indícios da localização de pessoas, objetos ou vestígios relacionados ao delito no local ou pessoa a ser revistada¹⁶⁷. Ainda não há, pois, situação que autoriza prisão em flagrante delito.

3.12. A urgência como fundamento da dispensa de mandado para a busca pessoal

Conforme esclarecido acima, o art. 244 do CPP condiciona a dispensa de mandado prévio para a busca pessoal de acordo com a natureza dos objetos procurados: desde que se trate de corpo de delito (e, em especial, de arma proibida). Observou-se, ademais, que a posse do corpo de delito pelo agente do crime em regra se restringe aos momentos atuais ou imediatamente subsequentes à consumação do delito. Com efeito, é provável que, após a prática do crime, o agente se dirija a local diverso do da consumação e procure livrar-se de objetos constitutivos de corpo de delito.

¹⁶⁷ Trata-se de um requisito para a concessão de medida cautelar. O outro requisito é o perigo de dano, do qual decorre a urgência para a execução imediata da medida. A legislação processual penal não exige, contudo, a comprovação do perigo de dano para a autorização da busca. No caso da busca domiciliar, há quem sustente que a expressão “fundadas razões” abarque em si tanto o requisito da probabilidade do direito, quanto o requisito do perigo de dano, do qual decorreria a necessidade de execução imediata da busca (MISSAGGIA, 2002, p. 229).

Quanto ao ponto, Romeu Barros (1982, p. 455) ressalta que o momento consumativo não raro traz consigo uma situação de *urgência* para a persecução penal, pois “muitas vezes, apesar do crime ter deixado vestígios, estes desaparecem pelas mais variadas circunstâncias, por vezes, por obra do próprio agente, com o propósito de fazer desaparecer a prova”. O momento consumativo, então, “põe em relevo a urgência na comprovação do corpo de delito, impondo-se a sua antecipação, como tópica cautela conservativa”.

Nesse passo, como o porte de objetos constitutivos de corpo de delito pelo próprio agente do crime, em regra, ocorre em reduzido intervalo temporal em relação ao momento de consumação do delito, pode-se concluir que é a *urgência* decorrente de tal exiguidade temporal o fundamento para a dispensa de mandado prévio para busca pessoal nos casos de fundada suspeita de posse de corpo de delito, nos termos do art. 244 do CPP.

Há, então, na doutrina, uma tendência a se considerar que haveria uma situação de urgência inerente ou pressuposta para a prática da busca, a fim de obter-se o corpo de delito e propiciar a prisão em flagrante. Assim:

O perigo da demora está quase sempre presente. Normalmente a busca na pessoa suspeita ou em residência deve ser realizada com urgência, sob risco de se perderem vestígios do crime, relevantes para a demonstração do corpo de delito. Como é intuitivo, o adiamento ou a divulgação da busca traz como consequência a grande probabilidade de desaparecimento dos objetos ou pessoas a serem apreendidos. (GRINOVER *et al.*, 1992, p. 147).

Nesse sentido, Marcão pondera que “[e]m todos os casos, é evidente a urgência da medida, que se justifica pela necessidade e interesse público na apreensão de armas ilícitas e/ou acautelamento da prova que constitui o próprio corpo de delito” (2014, p. 578). Assim, Polastri Lima (2014b, p. 630, 638-639) reforça tal ideia de que o *periculum in mora* estaria em geral sempre presente e salienta que, na maior parte dos casos, a busca pessoal é realizada em situações de flagrância, razão pela qual se dispensa o mandado prévio.

Contudo, cabe ponderar que a fundada suspeita de porte de corpo de delito não implica, necessariamente, a urgência da medida, e tampouco constitui a única situação em que se pode aventar a urgência para a execução da medida.

Em primeiro lugar, cumpre notar que, embora seja possível extrair da leitura do art. 244 do CPP a vinculação acima realizada entre o porte de corpo de delito e o momento de consumação delitiva, esta não está explícita no dispositivo legal. Nesse passo, a busca pessoal, mesmo quando visa à descoberta de corpo de delito, pode acabar sendo realizada em momento distanciado da consumação delitiva. Assim, veja-se: a prisão em situação de flagrante próprio

demanda a atualidade da consumação do delito, ao passo que a prisão em situação de flagrante presumido se limita ao momento “logo depois” da prática do delito. Mas o art. 244 não efetua limitação temporal equivalente para a busca, que pode acabar sendo executada em momento distante da consumação delitiva.

Por outro lado, é forçoso ponderar que, mesmo nos casos em que a busca pessoal for realizada durante ou logo depois da consumação delitiva, em potencial situação de flagrante (próprio ou presumido), não necessariamente há urgência para a realização da busca que justifique a dispensa de mandado prévio. Imagine-se a hipótese de um policial que recebe a informação de que, alguns dias depois, ocorrerá um descarregamento de droga em determinada localidade. Nesse caso, há tempo suficiente para diligenciar por mandados de busca dos envolvidos, assim como para diligenciar por outros meios de obtenção de prova restritivos de direitos fundamentais (tais como interceptações telefônicas, quebras de sigilo, busca domiciliar, entre outros). Não há urgência para a execução imediata da medida. Portanto, embora se possa considerar ser altamente provável a urgência para a busca pessoal em caso de fundada suspeita de porte de corpo de delito, não se pode dizer que tal relação é absoluta e necessária.

Observação análoga pode ser feita quanto à entrada forçada em domicílio em situação de flagrante. O art. 5º, XI, da CF/88 autoriza a entrada forçada em domicílio nos casos de (I) flagrante delito, (II) prestação de socorro, (III) desastre e (IV) prévia autorização judicial. Os três primeiros casos permitem a entrada forçada em domicílio a qualquer tempo, ao passo que a busca fundada em prévia autorização judicial e somente pode ser executada durante o dia. Ante tal distinção, nota-se que a regra é que a entrada forçada em domicílio ocorra durante o dia e seja precedida de autorização judicial (controle prévio de validade), ao passo que as três primeiras hipóteses previstas no artigo apresentam natureza excepcional: nestas, conforme reconhecido pelo próprio STF, “presume-se urgência no ingresso na residência”¹⁶⁸, razão pela qual pode ser praticada a qualquer tempo e pode ser objeto de controle posterior de validade¹⁶⁹.

Não obstante, ao analisar a legislação penal vigente, constata-se que a situação de flagrante delito não necessariamente configura uma hipótese de urgência, a qual justificaria o excepcional ingresso na residência a qualquer tempo e sem controle prévio de legalidade. Com efeito, especialmente em virtude da proliferação de tipos penais de perigo abstrato na legislação, diversas situações de flagrante delito não implicam perigo nem mesmo potencial a bem jurídico. Assim, é crucial notar que há crimes cuja situação de flagrância implica situação de urgência e crimes cuja situação de flagrância não implica situação de urgência. Nessa esteira, pode ser

¹⁶⁸ STF, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/15, DJe 09/05/16.

¹⁶⁹ Sobre a dispensa de mandado judicial para a entrada forçada em domicílio, ver SIQUEIRA, 2014.

elucidativo o contraste entre os crimes de sequestro (CP, art. 148) e de posse de entorpecentes em depósito (Lei n. 11.343/06, art. 33), ambos crimes permanentes passíveis de cometimento em ambiente domiciliar. No primeiro caso (sequestro), o dano ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (liberdade individual) se prolonga ao longo da execução do crime e justifica a entrada imediata no domicílio a fim de cessar a prática delitiva. No segundo caso (posse de entorpecentes em depósito), a mera presença de substâncias entorpecentes no interior da residência não configura situação de dano nem de perigo concreto. Não há situação de urgência, portanto, que dispense o controle prévio da legalidade da medida, salvo se houver indício de que a prova será perdida se a medida não for executada de imediato (risco ao resultado útil da busca, em regra a apreensão do objeto procurado)¹⁷⁰.

A situação de flagrância não equivale, pois, a uma situação de urgência. Ao contrário, a própria legislação infraconstitucional indica a não coincidência entre flagrância e urgência ao permitir a postergação da prisão em flagrante em casos determinados, nos quais a melhor instrumentalização da investigação justifica o retardo na interrupção da prática delitiva (flagrante diferido/ação controlada). Portanto, torna-se claro que a urgência para a execução da busca pessoal nos casos de suspeita de porte de corpo de delito é provável, mas não necessária: pode haver suspeita de porte de corpo de delito sem urgência para a busca.

E, paralelamente, pode haver urgência para a busca fora dos casos de suspeita de porte de corpo de delito. Com efeito, pode-se imaginar situação em que haja suspeita de posse de objetos que possam servir de prova da infração, mas que não constituam corpo de delito e em relação aos quais haja indícios concretos de destruição ou perda iminente. Nesse caso, a busca deve ser realizada imediatamente a fim de viabilizar a apreensão dos objetos com relevância probatória, caracterizando a urgência que inviabiliza a obtenção de mandado prévio, independentemente de tais objetos constituírem ou não corpo de delito.

Por isso, em eventual alteração legislativa, mostra-se desejável a alteração do requisito para a dispensa de mandado para a busca pessoal, a ser vinculada não à natureza do objeto

¹⁷⁰ Não por outra razão, a Lei n. 11.343/06 (cf. art. 53, II) autoriza o “flagrante diferido” (flagrante postergado ou retardado, e denominado “ação controlada” no art. 8º, § 1º, Lei n. 12.850/13) na investigação de tráfico, exatamente porque se trata de crime cuja prática não desencadeia situação de dano ou perigo concreto. Assim, permite-se que, mesmo diante de situação de flagrância, a investigação seja diferida no tempo a fim de angariar elementos de informação mais robustos. É curioso notar que o flagrante diferido somente pode ser realizado com autorização judicial prévia, acrescida da oitiva do Ministério Público. Trata-se de importante previsão legal, que submete o acompanhamento policial diuturno das rotinas dos suspeitos a escrutínio judicial, evitando-se a banalização da devassa da vida privada, ao arrepio do inciso X do art. 5º da CF/88. Vê-se então que a flagrância não apenas não constitui hipótese de obrigatoriedade da intervenção policial, como também não constitui hipótese impeditiva do controle judicial de validade da intervenção policial orientado à proteção dos direitos fundamentais dos suspeitos.

procurado (corpo de delito ou não), mas sim à configuração de situação de urgência para a execução imediata da medida. A urgência pode ser associada a duas hipóteses: à situação atual de dano ou perigo (concreto) de dano e ao risco ao resultado útil da busca, à semelhança dos requisitos exigidos para a concessão de *tutela de urgência* pelo art. 300 do Código de Processo Civil (CPC)¹⁷¹. Assim, a busca seria cabível quando houvesse fundada suspeita de ocultação de objetos com relevância probatória e independência de mandado quando houvesse indícios de dano ou perigo de dano ou de risco ao resultado útil da medida.

No ponto, é oportuno registrar que, no direito estadunidense (abordado mais pormenorizadamente no próximo capítulo), bem como no direito argentino¹⁷² e no direito português¹⁷³, é exatamente a *urgência* o fundamento para a dispensa do mandado prévio para buscas e prisões. Quanto ao tema, o Tribunal da Relação de Lisboa ressalta a importância do controle judicial prévio das medidas restritivas de direitos:

A finalidade da intervenção judicial é assegurar a garantia de um controlo preventivo através de uma instância independente e neutral que leve também em adequada consideração os interesses do titular do direito fundamental restringido pela medida. De acordo com os princípios inscritos na Constituição em matéria de direitos fundamentais, a autorização de uma medida restritiva de direitos está necessariamente sujeita aos limites impostos pela necessidade, adequação e proporcionalidade (cfr. arts. 18.º e 34.º da CRP). E o princípio da proporcionalidade exige que a limitação dos

¹⁷¹ Art. 300. “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

¹⁷² Nesse sentido, nota Gustavo Bruzzone (2005, p. 249), quanto à “requisição pessoal” (busca pessoal): “El órgano que está facultado legalmente para autorizarla es el jurisdiccional, y, básicamente, la instrumentan los jueces a cargo de la instrucción de un caso (art. 230, CPP Nación). Pero la ley procesal, a su vez, faculta a los funcionarios de la policía, o de otras fuerzas de seguridad, para requisar en supuestos de *urgencia* (art. 184, inc. 5º, CPP Nación)”.

¹⁷³ O CPP português distingue duas espécies de revista pessoal – uma é meio de obtenção de prova (art. 174) e outra é medida cautelar/de polícia (art. 251) –, as quais possuem requisitos distintos de validade. No art. 174, o CPP lusitano prevê que a revista pode ser ordenada por despacho de juiz competente quando houver indícios de que alguém oculta objetos relacionados a crime ou que possam servir de prova. O juiz deverá, sempre que possível, presidir a diligência e a dispensa de mandado só se justifica nos casos de revista consensual (e o assentimento deve ser documentado), de flagrante de crime punível com prisão, ou nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, desde que haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, sendo que a legalidade da medida, neste caso, dependerá da comunicação imediata ao juiz voltada à sua confirmação. Por outro lado, no art. 251, dispõe-se que a revista pode ser realizada independentemente de prévia autorização judiciária nos casos de (1) suspeitos nos casos de fuga iminente ou de detenção, se houver razões para crer que ocultam objetos relacionados ao crime e que poderiam se perder; de (2) pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer ato processual; e de (3) pessoas que, na qualidade de suspeitos, devam ser conduzidos a posto policial, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objetos com os quais possam praticar atos de violência. Em 2010, o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) observou que, embora o CPP não demandasse fundamentação para a busca prevista no art. 174, ela era imprescindível, por se tratar de medida restritiva de direitos. Afirmou-se que “uma deficiente formulação legal não dispensa a aplicação dos princípios gerais da proteção provisória dos direitos” (Ac. TRL, Proc. n. 1/09.3PBSCR-A.L1-9, 28/01/2010). Noutro giro, o Supremo Tribunal de Justiça português e o TRL já assentaram que a revista, como medida cautelar/de polícia, só pode ser realizada em situações de urgência, de modo que, em caso de fuga iminente ou detenção do suspeito, “é necessário que os órgãos de polícia criminal disponham previamente de fatos que indiquem que a pessoa a revistar cometeu ou se preparava para cometer um crime, ou que nele participou ou se preparava para participar”. (Cf. Ac. STJ, Proc. n. 05P767; Ac. TRL, Proc. n. 4746/2007-5).

direitos fundamentais de cada um se cinja ao indispensável para a protecção do interesse público. Sendo sabido que não cabe ao juiz definir a estratégia da investigação, não é menos certo, porém, que a ele cabe a avaliação da possibilidade de empreendimento de outras medidas menos lesivas.

As dúvidas sobre a proporcionalidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais não devem resolver-se contra o titular desse direito. É a restrição do gozo do direito que constitui a excepção, não a plenitude do seu gozo. Significa isto que é a intervenção restritiva que demanda fundamentação alicerçada em dados que permitam afirmar a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida. Não o seu indeferimento.¹⁷⁴

Assim, contempla-se o controle judicial prévio como um importante mecanismo de avaliação da necessidade e da proporcionalidade de medidas investigativas restritivas de direitos, por um julgador independente e neutro, que pode avaliar, inclusive, a possibilidade de adoção de medidas menos gravosas e invasivas.

Portanto, a dispensa de mandado para a execução da busca pessoal vinculada apenas aos casos de urgência constitui uma proposta (*de lege ferenda*) amparada, sobretudo, na constatação de que a busca pessoal é um meio de obtenção de provas que implica múltiplas restrições de direitos fundamentais (tema abordado no último capítulo), razão pela qual deve ser submetido a controle judicial prévio, assim como já são inúmeras outras medidas investigativas igualmente invasivas, tais como a interceptação telefônica, a ação controlada, as quebras de sigilo (telefônico, bancário, fiscal...). Subsidiariamente, inviabilizado o controle prévio em virtude da urgência, esta deve ser submetido a controle judicial posterior. Embora não se possa antecipar a aplicabilidade e os efeitos concretos da alteração legislativa aventada, trata-se de um possível mecanismo de intensificação do controle judicial dessa prática policial, em contraposição ao cenário de buscas exploratórias realizadas ao arrepio do permissivo legal e validadas de modo virtualmente automático em virtude da fragilidade do controle posterior.

3.13. A busca pessoal no Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/10): cabimento, mandado e registro

Atualmente está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/10)¹⁷⁵, em que o tratamento da busca pessoal sofre algumas alterações em relação à sua regulamentação no CPP atual. No PL n. 8.045/10, a busca e a apreensão deixam de ser regidas em capítulo que rege a “prova”, tal como no atual CPP, e, de

¹⁷⁴ Ac. TRL, Processo n. 1/09.3PBSCR-A.L1-9, 28/01/2010.

¹⁷⁵ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010> Acesso em 10/12/16. O PL n. 8.045/10 tramitou no Senado Federal como PLS n. 156/09.

modo mais técnico, passam a ser tratadas em capítulo que rege os “meios de obtenção de prova”, ao lado do acesso a informações sigilosas e da interceptação telefônica.

De acordo com o art. 229 do PL, a busca pessoal, em especial, tem seu cabimento condicionado à existência de “indícios suficientes de que alguém oculta objetos que possam servir de prova de infração penal”, previsão essa que pode ser compreendida como equivalente à do art. 240, § 2º, do CPP atual, embora com redação mais geral e direta. Por outro lado, de acordo com o art. 230 do PL, a busca pessoal independente de mandado prévio mantém a mesma hipótese de cabimento atualmente estabelecida pelo art. 244 do CPP vigente:

Art. 230. A busca pessoal independerá de mandado no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Deveras, a única diferença entre o art. 230 do PL n. 8.045/10 e o art. 244 do CPP atual é que este faz menção a “objetos ou papéis que constituam corpo de delito”, ao passo que aquele suprime a menção a papéis e se refere, de modo mais genérico, a “objetos que constituam corpo de delito”. Consequentemente, não se verifica nenhuma alteração quanto às hipóteses de cabimento da busca pessoal sem mandado prévio no PL n. 8.045/10.

Noutro giro, quanto ao mandado, o art. 233 determina que “a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado judicial”, ao passo que o art. 234, inciso I, determina que o mandado de busca deverá ser fundamentado e deverá indicar “no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou sinais que a identifiquem”. Observa-se que o art. 233 do PL supera a parcial inconstitucionalidade do art. 241 do atual CPP (este autoriza a execução da busca domiciliar pela própria autoridade policial, sem mandado judicial prévio, ao arripio do art. 5º, XI, da CF/88). No entanto, mantém-se a dúvida quanto à necessidade de mandado judicial (e não meramente policial) para a execução de busca pessoal, pois o art. 233 só se refere à busca domiciliar, mas não à busca pessoal, ao passo que o art. 234, I, refere-se a ambas¹⁷⁶.

O artigo 234, inciso II, do PL mantém a exigência de que o mandado faça menção aos motivos, à pessoa e aos objetos procurados, ao passo que o artigo 237 mantém a determinação de que, na hipótese de não ser encontrada a pessoa ou coisa procurada, “os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer”, já constante do art. 247 do CPP

¹⁷⁶Apensado ao PL n. 8.045/10 está o PL 7.987/10. Nele (art. 209), determina-se que a busca (domiciliar ou pessoal) será ordenada pelo juiz competente. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=827180&filename=PL+7987/2010>. Acesso em 10/12/16.

atual. O artigo 231 do PL determina que a busca pessoal deverá ser realizada com respeito à dignidade da pessoa revistada (imperativo não constante expressamente do atual do CPP) e acrescenta que, quando feita em mulher, será feita por outra, “se não importar em retardamento ou prejuízo da diligência” (repetição da regra constante do art. 249 do CPP).

Por fim, o art. 239 ressalta que a execução de busca e apreensão deve observar, no que couber, o art. 14, que institui a figura do “juiz de garantias” e lhe atribui a responsabilidade pelo “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”¹⁷⁷. Há então previsão de que cabe ao juiz de garantias decidir sobre os pedidos de busca e apreensão domiciliar (art. 14, XI, “c”), bem como sobre pedidos de meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do acusado (art. 14, XI, “e”), entre os quais pode se incluir a busca pessoal.

No que toca ao próprio procedimento de realização da busca pessoal, há um sensível avanço em relação à normatização atual. O parágrafo único do artigo 230 determina que, na hipótese da busca pessoal realizada independentemente de mandado prévio, regulada pelo *caput*, “o executor informará os motivos e os fins da diligência à pessoa revistada, devendo registrá-los em livro próprio, onde constarão, ainda, os dados do documento de identidade ou outros que permitam identificar a pessoa submetida à busca”.

A previsão é especialmente importante diante do cenário de subnotificação e de transparência deficitária da prática de buscas pessoais sem mandado pelas polícias. A exigência de informação dos motivos e fins da diligência à pessoa revistada, bem como de registro em livro próprio, de um lado, permite conferir à pessoa revistada elementos para iniciar eventual questionamento da validade da medida, bem como, de outro lado, permite a compilação global de dados sobre a execução de buscas pessoais pelas polícias.

Portanto, de mais a mais, verifica-se que a exigência do registro da busca e a competência do juiz de garantias para decidir sobre pedidos de meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do acusado são as alterações relevantes do projeto de novo CPP no que toca à busca pessoal. De resto, as observações acima tecidas mantêm-se integralmente aplicáveis, mesmo em caso de aprovação e promulgação do PL n. 8.045/10.

¹⁷⁷ Na parte relativa à investigação criminal, determina-se no PL que incumbe ao delegado o cumprimento dos mandados judiciais de busca e apreensão (art. 25, V), ao passo que caberá ao juiz de garantias o controle da validade dos atos praticados no curso da investigação, o qual é, de acordo com o CPP atual, exercido pelo mesmo Juízo competente para o processamento da ação penal, por força da regra de prevenção constante do art. 83.

3.14. A busca pessoal como infrapenalidade: da racionalidade inquisitorial à racionalidade disciplinar

Conforme aponta Foucault (2013), as formas judiciárias correspondem a distintas formas de saber, vale dizer, a distintas formas da relação entre o indivíduo e a verdade. Nesse sentido, o inquérito, forma de pesquisa e construção da verdade no interior da ordem jurídica que adquire proeminência nos séculos XV a XVIII, consiste em “um procedimento pelo qual, na prática judiciária, se procurava saber o que havia ocorrido” (2013, p. 88), a partir de um discurso retrospectivo¹⁷⁸. Assim, as perguntas essenciais ao modelo inquisitorial referem-se ao que houve, quem fez, como fez: definem-se presença, ausência, existência, inexistência.

Tais são as perguntas que orientam os procedimentos de investigação e instrução processual penal. Nessa toada, a busca pessoal regida pelo art. 244 do CPP, como medida probatória, insere-se nessa racionalidade inquisitorial, uma vez que visa a obter objeto que auxilie a reconstituição e comprovação de uma narrativa retrospectiva a respeito de um fato criminoso. O requisito da *fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito* é orientado exatamente pela probabilidade de encontrar objetos relevantes para a investigação/instrução. Por isso, reconhecida a busca pela verdade sobre fatos pretéritos como uma característica central do inquérito, pode-se vislumbrar a busca pessoal probatória como um ato por meio do qual se exerce um saber-poder que assume a forma inquisitorial¹⁷⁹.

Não obstante, como esclarecido acima, na prática do policiamento ostensivo, a realização de buscas pessoais orientadas à coibição de pessoas, atitudes e situações adjetivadas

¹⁷⁸ Trata-se de uma forma de saber que nasce em função de transformações políticas que conferem centralidade ao Estado enquanto o lesado pela infração (e não mais à vítima diretamente atingida pelo dano), a partir da qual se visa a reatualizar um fato passado e a definir a culpabilidade do indivíduo em relação a um ato pretérito a partir de uma posição de pretensa neutralidade do sujeito de conhecimento diante do objeto (FOUCAULT, 2013, p. 134). É importante não confundir tal definição de inquérito trabalhado por Foucault, relacionado à investigação de um fato pretérito, com a definição de inquérito ou de sistema/princípio inquisitório utilizada na dogmática processual penal, para designar um procedimento marcado, sobretudo, pela confusão entre o órgão de acusação e o órgão julgador e/ou entre suas funções), em contraste com o processo orientado pelo princípio acusatório, em que há uma nítida diferenciação entre acusador e juiz e também entre as funções desempenhadas por cada um. Sobre este último tema, cf., por todos, LOPES JR., 2012.

¹⁷⁹ No capítulo 5, será apresentada a possibilidade da busca pessoal com instrumentalidade inibitória, caso em que é executada como um ato de coerção direta imediata e visa à apreensão de objeto lesivo (arma em sentido amplo) em poder do agente, independentemente de constituir ou não crime punível. Nesses casos, a intervenção policial é legitimada pela configuração de situação excludente de ilicitude e perguntas similares orientam a decisão pela execução do ato, embora a prática danosa adquira caráter atual/presente e não apenas pretérito. Quando se objetiva apreender objeto lesivo em posse do agente, há uma tentativa de interromper um processo lesivo já em curso, o qual remete a um fato pretérito/presente (acesso e porte ao objeto lesivo) que culmina na situação de dano/perigo iminente (utilização efetiva do objeto lesivo) a ser interrompida. Assim, mesmo em tais casos, a racionalidade inquisitorial está presente a orientar a intervenção policial, pois é necessário reconstituir a verdade sobre os fatos a fim de justificar a própria busca pessoal, enquadrando-a em uma hipótese excludente de ilicitude.

como suspeitas se orienta à consecução de finalidades diversas daquelas atreladas aos objetivos de obtenção de provas relacionadas a um crime pretérito ou de interrupção de um processo lesivo atual. Em substituição, objetivos genéricos do policiamento ostensivo assumem destaque, tais como a preservação da ordem, a prevenção geral de crimes, a afirmação da autoridade policial e a intimidação de potenciais criminosos. Tais objetivos dão ensejo a buscas pautadas por uma racionalidade distinta, conformada por outras formas de produção da verdade.

Deveras, no curso do policiamento ostensivo, não interessa unicamente aferir se determinados fatos ocorreram, mas também o que, em dado contexto ou ambiente, pode ou não ser feito para prevenir fatos futuros, ainda que desprovidos de nexos com fatos concretos pretéritos ou presentes. A esse respeito, Foucault (2013) ressalta que, a partir de fins do século XVIII, na França e na Inglaterra, foram desenvolvidos mecanismos de controle permanente da população e do comportamento dos indivíduos de determinados grupos, voltados a manter a ordem. Foram criadas técnicas de controle da moralidade cotidiana, orientados a corrigir os indivíduos em seus comportamentos. Essas práticas de controle fizeram nascer um novo saber da individualidade, que classifica o sujeito conforme o binômio normal-anormal: disseminam-se práticas por meio das quais esse sujeito é classificado, conformado, normalizado.

Assim, concomitantemente à reforma liberal do sistema jurídico, erige-se um sistema disciplinar de controle social em que a noção central é a periculosidade do agente, e não a sua culpabilidade por um ato determinado (FOUCAULT, 2015). Nesse contexto, diante da ascensão das técnicas de vigilância de controle e da produção de saberes pela via de uma nova forma de produção da verdade, o inquérito perde centralidade: já não interessa apenas reconstituir um acontecimento, mas também vigiar alguém de maneira ininterrupta e global, a fim de se controlar não o que se fez e é feito, mas o que se é e o que se pode fazer, pela disseminação de mecanismos de sanção, normalização e correção. Constrói-se, pois, um saber a respeito do sujeito, a fim de determinar a sua normalidade (sua conformidade às normas), bem como aquilo que, prospectivamente, ele pode fazer (sua periculosidade).

Essas novas relações de saber-poder não se desvinculam dos modos de pesquisa e construção da verdade, que assumem a forma do *exame* em contraposição ao inquérito:

O exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. É um controle que normaliza, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir. Estabelece sobre os indivíduos uma visibilidade através da qual eles são diferenciados e sancionados. É por isso que, em todos os dispositivos de disciplina, o exame é altamente ritualizado. Nele vêm-se reunir a cerimônia do poder e a forma da experiência, a demonstração da força e o estabelecimento da verdade. No coração dos processos de disciplina, ele manifesta a sujeição dos que são percebidos como objetos

e a objetivação dos que se sujeitam. A superposição das relações e das de saber assume no exame todo o seu brilho visível. (FOUCAULT, 2014, 181)

De outra parte, cabe destacar que o exame requer tornar visíveis os indivíduos perante o “insone olhar do poder”: é o fato de ser visto sem cessar, de sempre poder ser visto, que mantém sujeito o indivíduo disciplinar. O poder capta os indivíduos a partir de um mecanismo de objetivação e manifesta-se ao organizar os objetos do espaço. O poder disciplinar manifesta-se, portanto, pelo olhar, colocando os indivíduos como objetos da observação. O exame é, em contrapartida, a cerimônia dessa objetivação, dessa visibilidade inevitável (FOUCAULT, 2014, p. 183-184).

Nessa dinâmica, ademais “[o] próprio sistema de classificação vale como recompensa ou punição” (FOUCAULT, 2014, p. 177-178). A intervenção disciplinar, então, não se restringe a apenas expiar ou reprimir, pois serve para diversas operações. Serve para diferenciar os indivíduos entre si em função da regra de conjunto, para medir e hierarquizar suas capacidades e sua “natureza”, para fazer então funcionar a coação da conformidade e, enfim, traçar o limite que define a anormalidade. Portanto, os instrumentos de vigilância e controle não visam única e exclusivamente ao exame do indivíduo, pois já contêm em si uma função punitiva, o que permite compreendê-los também como infrapenalidades.

No ponto, Foucault relaciona as infrapenalidades à imposição de uma ordem que não se reduz às regras previstas explicitamente na lei, mas que se define também por processos empíricos, com base em uma regularidade de condutas constatável a partir da observação dos fatos e de sua repetição. Tais castigos disciplinares orientam-se então à redução dos desvios, assumem um caráter essencialmente corretivo, normalizante, e são da ordem do exercício, impõem-se repetida e cotidianamente, a partir de uma “insistência redobrada”, o que permite a construção progressiva de uma determinada ordem (2014, p. 176-177). A ordem surge, pois, como a acumulação de saberes sobre os indivíduos e sobre os ambientes em que estes se inserem, cuja organização se dá pela afirmação cotidiana das normas a serem seguidas.

Apresentada tal conformação, pode-se observar que a prática regular e cotidiana da busca pessoal nos espaços públicos se alinha a tal conformação, pois ao ser executada generalizadamente funciona precisamente como uma técnica de “esquadrinhamento geral” dos indivíduos, justificada pelo propósito de garantir a sensação de segurança e combater/prevenir o crime. Com efeito, ao se deslocar a busca pessoal do interior da persecução penal para o cotidiano do policiamento ostensivo, a partir de uma justificativa de prevenção geral, esse ato se despe da forma inquisitorial e passa a se relacionar à constituição de um saber-poder disciplinar, para o qual não importa tanto saber o que os indivíduos fizeram, fazem ou deixam

de fazer, mas sim o que podem ou são capazes de fazer. Nessa dinâmica, não importa a tipificação das condutas na legislação, mas sim o amplo campo de condutas desviantes e anormais, que se revelam nos menores detalhes: cabe à polícia reagir diante de tudo aquilo “que lhe chamar a atenção”, vale dizer, diante de toda e qualquer *atitude suspeita*, independentemente da sua vinculação com um possível crime.

Portanto, como expediente de rotina do policiamento ostensivo-preventivo, a busca pessoal é exercida não com objetivo de reconstituir e elucidar fatos criminosos pretéritos ou atuais, mas antes como um procedimento (cerimônia) de afirmação da autoridade policial e de objetivação da visibilidade inevitável dos indivíduos perante o olhar policial. O policial, incumbido da vigilância ininterrupta sobre os espaços, deve estar sempre apto a manifestar-se e a interpelar aqueles que ostentarem o menor sinal de desvio, para cuja detecção o policial possui uma especial habilidade construída a partir de sua experiência, a partir de sua observação repetida e continuada dos fluxos urbanos e trejeitos individuais (“tirocínio”).

Nessa dinâmica, a busca surge como um rito que visa à afirmação desse saber-poder policial construído e constituído pela experiência policial. Por meio da busca, ao mesmo tempo, a conformidade do indivíduo à norma é aferida e afirmada e a autoridade policial reafirmada: verifica-se a periculosidade do agente e ratifica-se regular e cotidianamente a ordem visada pelo aparato policial. Diante de uma conduta desviante ou estranha, cabe à polícia afirmar a suspeição da conduta e ratificar a sua presença e a conseqüente visibilidade do indivíduo vigiado: entende-se que, diante de uma conduta suspeita, o policial “tem que no mínimo se mostrar ali”, de modo que a busca pessoal se transforma em um ato expressivo da própria ostensividade policial e se erige como um ato de rotina, e não de exceção, apesar de ser reconhecido como constrangedor e humilhante. Daí o tão recorrente elogio à importância da prática do ato em si, encarado como expressão da visibilidade policial e gerador da segurança pública, independentemente de sua relevância para a persecução penal.

Nesse passo, a suspeição, como mero juízo de estranheza, a indicar um indício de não conformidade, é suficiente para desencadear a intervenção policial coercitiva imediata, a qual funciona como instrumento de exame e como infrapenalidade. Vale dizer, a mera suspeição se erige como um fundamento suficiente para a (infra)punibilidade. A concepção subjacente é a de que a menor suspeita despertada no policial deve conduzir à abordagem: o policial não deve levar dúvida para casa. Assim, as buscas são executadas como infrapenalidades e instrumentos de exame, e se constituem como atos paulatinos de rejeição simbólica e exclusão física dos suspeitos: “são humilhantes e pretendem isso; visam a fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social” (BAUMAN, 1999, p. 135).

Esse modelo de prática da busca pessoal como reação disciplinar a pequenos desvios extralegais, além de se distanciar da busca probatória regida pelo CPP, não se compatibiliza com um sistema de legalidade estrita, caracterizado pela permissividade de todas as condutas não-proibidas na ordem jurídica e pela não punibilidade de desvios não definidos na lei. Por conseguinte, observa-se no capítulo 5 que, para afastar a possibilidade de execução da busca pessoal como infrapenalidade, é indispensável exigir a sua estrita instrumentalidade probatória, com suporte na fundada suspeita do porte de arma proibida ou corpo de delito, ou estrita instrumentalidade inibitória, com suporte na fundada suspeita do porte de arma (em sentido amplo) que possa ser utilizada para provocar lesão, em situação de dano ou perigo iminente. Fora de tais hipóteses, a busca pessoal revela sua feição disciplinar e sua função punitiva latente.

3.15. Conclusão parcial: não-aplicação seletiva da lei na prática da busca pessoal

No exercício da criminalização secundária¹⁸⁰, mesmo quando apenas impõe regras preexistentes, o policial já conta com poder discricionário, em função do alto volume de situações às quais pode reagir. Em regra, as leis conferem mais possibilidades de intervenção do que as polícias são capazes de concretizar, de modo que há situações em que, a despeito do permissivo legal, o policial escolherá não intervir, por meio do chamado *selective enforcement* (aplicação seletiva da lei). Assim, é inócuo ignorar que a polícia precisa escolher as situações em que optará por intervir, o que implica deixar de aplicar a lei penal/processual penal em situações em que ela seria aplicável (MUNIZ, 2012). Contudo, surge então a questão de se aferir quais são os critérios de seleção de casos em que a intervenção será ou não aplicada.

Nesse passo, quanto à busca pessoal, Ramos e Musumeci argumentam que se trata de uma prática marcada pelo *selective enforcement* e objetivam identificar os critérios de seleção dos indivíduos revistados, que estariam na esfera de discricionariedade policial. Aduzem que

em tese, qualquer cidadão ou cidadã que circule pelas ruas, a pé ou em qualquer meio de transporte, pode ser abordado(a) e revistado(a) numa ação policial rotineira ou especial de prevenção da criminalidade. Na prática, porém, só alguns serão escolhidos, e sabe-se que essa escolha não é aleatória, mas seletiva, que depende em larga medida de critérios prévios de suspeição, sejam eles aparência física, atitude, local, horário, circunstâncias, ou alguma combinação desses e de outros fatores (RAMOS; MUSUMECI, 2005, p. 17)

¹⁸⁰ Na fase de criminalização secundária (efetiva aplicação da lei penal sobre ações e pessoas concretas), são cruciais os critérios de intervenção das agências penais, dada a impossibilidade fática de reação repressiva a todas as condutas puníveis. No ponto, Maria Lúcia Karam (2009, p. 6-7) nota que “a seletividade é uma característica inseparável do funcionamento global do sistema penal”: não se trata de efeito de seu mau funcionamento.

No entanto, é necessário revisitar essa premissa deontológica de que “em tese” qualquer um pode ser abordado e revistado pela polícia em uma ação policial rotineira ou especial. Como visto acima, a busca pessoal sem mandado prévio é uma medida processual instrutória que depende de indícios da posse de arma proibida ou de corpo de delito pelo indivíduo, de modo que a execução da busca como um procedimento padrão de policiamento ostensivo-preventivo, tal como detectado no capítulo anterior, é ilegal: verifica-se aí a desvirtuação da suspeita exigida pela lei e a correlata desfuncionalização da medida.

Por isso, cumpre notar que, no que toca à busca pessoal praticada em face de atitudes/pessoas/situações adjetivadas como suspeitas pelo policial, não há que se falar em aplicação seletiva da lei (*selective enforcement*). A busca pessoal se enquadraria como um problema de *selective enforcement* caso houvesse uma aplicação do permissivo legal apenas em determinados casos, ao passo que, em outros casos, embora presentes os requisitos legais, a busca pessoal não fosse praticada. Entretanto, a realidade detectada no cenário nacional é outra: a busca pessoal tem sido praticada sem o preenchimento dos requisitos legais, a partir de critérios extrajurídicos de suspeição, potestativamente manipuláveis pelos policiais. Portanto, não se trata de problema de aplicação seletiva da lei, mas sim de não-aplicação da lei.

Por outro lado, cabe notar que a não-aplicação da lei pode manifestar-se de maneira seletiva, assim como a aplicação da lei: as ilegalidades policiais podem ser distribuídas uniformemente na sociedade ou ser concentradas contra determinados grupos sociais, tal como de fato se verificou no capítulo anterior. Assim, a não-aplicação da lei não exclui o problema da seletividade da atuação policial: ao contrário, essas questões se acrescem e agravam o nível de arbitrariedade da ação policial. Por isso, no que toca à busca pessoal pelas polícias brasileiras, pode-se falar em *não-aplicação seletiva da lei*.

Nesse sentido, é interessante notar que, ao desvincular-se de condições jurídicas prévias, essas buscas passam a constituir não atos de *imposição* de regras, mas sim de *criação* de regras (cf. BECKER, 2008). Com efeito, no plano normativo, a busca pessoal se submete às condições de validade constantes do art. 244 do CPP, que exige fundada suspeita de posse de arma proibida ou corpo de delito: não é em qualquer situação que um indivíduo pode ser revistado pela polícia. Assim, ao impor a regra do art. 244 do CPP, o policial deve indicar circunstâncias e fatos que indiquem que, no caso concreto, estão presentes indícios que configuram a fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito. O policial deve efetuar, portanto, um juízo de subsunção do fato à norma, em um ato de *imposição* da norma.

Por outro lado, ao praticar a busca pessoal “preventiva” embasada na mera adjetivação de atitudes como suspeitas, o policial não se limita a reconhecer a aplicabilidade do permissivo

legal ao caso concreto, mas sim constrói ele próprio, com base em sua própria convicção, o permissivo para a busca. A saber, o policial rotula/adjetiva pessoas, ações ou situações como *suspeitas* a partir de critérios por ele formulados e que, de acordo com o seu próprio juízo, permitiriam a busca. A busca pessoal se torna então um ato potestativo submetido a regras que podem ser *criadas* casuisticamente pelo próprio policial incumbido de *impô-las*.

Com isso, confere-se aos policiais não só o poder de selecionar as situações em que pode deixar de aplicar o permissivo legal de intervenção, mas também o poder de intervir a despeito da *inexistência* de permissivo legal. Não há aí mero juízo discricionário de aplicação seletiva da lei, mas sim a não-aplicação da lei, substituída por um juízo arbitrário do policial, feito em primeira e única instância, sobre a natureza “suspeita” das situações que justificariam sua própria intervenção. Por isso, Becker alerta que é possível encontrar “regras inventadas no momento unicamente para justificar o ato” e que algumas das “atividades informais e extralegais de policiais recaem nessa categoria” (2008, p. 140). Assim, não é casual a descrição da atuação da polícia como um “tribunal de rua” no que toca à busca pessoal (YUKA, 1999), já que, de fato, ao executá-la sem permissivo legal, o policial não só impõe a norma permissiva da coerção, mas cria essa própria norma, concentrando em si todo o poder de decisão.

Apesar disso, a ilegalidade da prática da “busca pessoal preventiva” pelas polícias tem sido pouco tematizada¹⁸¹. No âmbito da própria doutrina processual penal, é predominante a leitura incompleta do art. 244 do CPP, em uma exegese que oblitera os complementos da “fundada suspeita” e assim conduz à desfuncionalização da medida: de ato processual instrutório a ato preventivo. Outros autores, noutro giro, reconhecem que a busca pessoal “preventiva” não atende aos requisitos do art. 244 do CPP, mas seria automaticamente validada pela atribuição funcional genérica de “preservação da ordem pública” das polícias militares, o que reflete uma concepção disciplinar de ordem pública e do próprio poder policial, ao viabilizar a coerção como regra e rotina, e independentemente de regulamentação legal.

A mera adjetivação de condutas como suspeitas, em caráter potestativo, com base em objetivos preventivos gerais, é evidentemente muito menos complexa e desafiadora do que a indicação de indícios concretos e objetivos que permitam concluir pela posse de arma proibida ou corpo de delito por parte de um indivíduo determinado. Consequentemente, se há uma

¹⁸¹ Até autores que criticam o direcionamento discriminatório da busca pessoal não problematizam a ausência de autorização legal para busca pessoal “preventiva”. Além dos já citados, Elcimar Lima (2011, p. 23-24) aduz que o art. 244 “é bastante genérico” em virtude da “obscuridade” da “fundada suspeita” e tornaria “perceptível que o Estado atribui ao funcionário público a discricionariedade em definir, subjetivamente, quem desperta suspeita”. Terra (2010, p. 79), por sua vez, aduz que a menção à “fundada suspeita” pelo art. 244 permitiria “ao policial militar cercar os direitos individuais e civis do abordado na ocasião do policiamento”. Em paralelo, Evanira Costa (2013) nota que a medida é embasada no art. 244 do CPP, mas que a polícia pode praticá-la “preventivamente”.

equiparação precipitada entre ambas as operações, há uma tendência de as práticas policiais se ampararem na primeira delas, ainda que ao cabo se revele ineficiente, pois “em alguma medida, toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual, finalizando geralmente por fazer o mais simples” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 45-46).

Nesse contexto, conforme exposto no capítulo anterior, a prática de “buscas preventivas”, conquanto desprovidas de permissivo legal, nem sequer ocorrem às ocultas, clandestinamente: não raro, deflagram-se, de modo oficial, formal e explícito, operações policiais que possuem como eixo estruturante declarado a prática de buscas pessoais indiscriminadas contra cidadãos, sem que se exija a mais tênue suspeita de posse de arma proibida, objetos ou papéis constitutivos de corpo de delito. Essa prática escancarada da busca pessoal como procedimento padrão reflete o profundo descaso com que a medida tem sido controlada no país: “as práticas policiais ‘são o que são’ não tão somente porque os policiais decidem executar o seu ‘tirocínio’, mas porque os policiais agem num ambiente legislativo, jurisdicional, social e institucional que permite e tende a validar suas ações” (DUARTE *et al.*, 2014, p. 119). De fato, a deflagração oficial de operações marcadas por explícita ilegalidade só pode ser possível em um contexto em que não há o mais remoto controle dessa prática policial.

Cumprir apontar, pois, que o arbítrio recorrente na prática da busca pessoal se dá não tanto em função de uma deficiência insuperável da lei – ainda que esta possa ser aperfeiçoada –, mas sim em função da interpretação frouxa e desatenta a ela conferida, a qual encampa, por sua vez, um controle insuficiente da validade da medida. Portanto, a prática sistemática de buscas pessoais arbitrárias, justificadas como procedimento de rotina, não deve ser associada à deficiência da lei ou à discricionariedade para a aplicação seletiva da lei, mas sim à *não-aplicação (seletiva) da lei* e à correlata deficiência do controle de legalidade do ato.

4. CONTROLE JUDICIAL DA BUSCA PESSOAL: A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA (STF E STJ) E A *STOP AND FRISK* NO DIREITO ESTADUNIDENSE

Embora a busca pessoal tenha assumido papel central para o trabalho policial ostensivo, a dogmática processual penal brasileira é, como visto, pouco elaborada nesse particular. A única condição de validade imposta pelo CPP para a busca pessoal sem mandado (fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito, cf. art. 244) é lida de modo parcial e incompleto, dando azo à sua desvirtuação e à conseqüente desfuncionalização da medida. As elaborações doutrinárias, no geral, resumem-se então a uma análise superficial dos dispositivos pertinentes e silencia sobre a operacionalização cotidiana da busca pessoal pelas polícias.

Em virtude da sua utilização recorrente como ato inaugural da persecução penal, a busca pessoal precisa ter sua validade analisada no processo penal a partir dela instaurado. Assim, o posicionamento doutrinário acaba por se inter-relacionar com a orientação do Poder Judiciário sobre as condições de validade da medida. E o entendimento das agências judiciais quanto aos requisitos de validade das ações policiais produz efeitos sobre a conformação de tais práticas, em especial porque os policiais agem orientados por uma expectativa de validação do seu trabalho pelos atores do sistema jurídico:

A preocupação mais recorrente [dos policiais] é de que o trabalho seja validado pelo Delegado de Polícia. A ele é atribuída a capacidade de “avaliar” a adequação jurídica da culpa que foi atribuída pelo policial ao suspeito. [...]. Os argumentos do Delegado de Polícia, por sua vez, são retratados como os argumentos dos Promotores e Juízes, vale dizer, do “sistema jurídico”. Neste contexto, ainda que o policial não apresente um interesse direto na condenação deste ou daquele indivíduo, ele possui um interesse mediato, individual e corporativo, porque o flagrante concluído demonstra a sua eficiência profissional e a importância da sua corporação [...]. Enfim, essa primeira expectativa depende do modo como o Poder Judiciário irá problematizar o trabalho executado nas “ruas”. Logo, ela somente pode ser compreendida quando se descreve o modo como os juízes dos casos analisados e o Poder Judiciário, em geral, comportam-se em relação aos seguintes temas: quanto à existência de pressupostos objetivo para a fundada suspeita e seu controle em juízo da iniciativa tomada pelo policial; a caracterização do crime de tráfico de drogas como crime permanente e a aceitação da prisão, busca domiciliar e revista pessoal com base na hipótese excepcional de flagrante; os direitos que suspeitos teriam diante da ação de prisão efetuada pelos policiais, especialmente quanto ao direito ao silêncio e de ser assistido por um advogado, sobretudo antes da delegacia; Em todas essas hipóteses, os tribunais tendem a validar o trabalho dos policiais (DUARTE *et al.*, 2014, p. 112).

Nesse cenário, despontam como especialmente relevantes os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois, incumbidos da guarda da

Constituição e da uniformização da interpretação quanto à legislação federal, fornecem as diretrizes jurisprudenciais que amparam o exame de legalidade da busca pessoal pelos tribunais, juízes, promotores e delegados que protagonizam, diariamente, a persecução penal. Tais julgados são então analisados na primeira parte deste capítulo.

Por outro lado, a fim de estabelecer um contraste com os resultados alcançados e ampliar as perspectivas do debate sobre as possibilidades, os limites e os desafios da regulação e do controle da busca pessoal no país, é relevante avaliar como se dá o controle judicial dessa prática policial em outro sistema jurídico. No ponto, cumpre observar que a validade da *stop and frisk* (“retenção e revista”, ato análogo à busca pessoal) constitui um tema recorrente no direito processual penal estadunidense (RAMOS, 2006). Nesse país, contempla-se a *stop and frisk* como um ato coercitivo e invasivo limitado pela vedação a buscas e detenções desarrazoadas constantes da Quarta Emenda à Constituição. Assim, a fim de compreender o papel do controle judicial dessa medida no país, é importante analisar a interpretação conferida a esse dispositivo constitucional e à sua incidência sobre a *stop and frisk* pela Suprema Corte dos EUA, bem como examinar os impactos de tais precedentes e as respostas acadêmicas e doutrinárias a eles, empreitada que embasa a segunda parte deste capítulo.

4.1. A busca pessoal na jurisprudência brasileira (STF e STJ)

Delimitados os principais contornos do tratamento jurídico conferido à busca pessoal pela perspectiva dogmática, é imprescindível proceder ao exame da orientação adotada a respeito desse tema pelo STF, corte a quem compete precipuamente a guarda da Constituição (CF/88, art. 102, *caput*), e pelo STJ, corte constitucionalmente incumbida de unificar o entendimento quanto ao direito infraconstitucional (CF/88, art. 105, III).

Para tanto, procedeu-se a pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos desses tribunais, cujos parâmetros de pesquisa foram as expressões “busca pessoal” e “abordagem policial”, cujos resultados são analisados a seguir em subtópicos distintos¹⁸².

¹⁸² A pesquisa foi realizada na modalidade livre, e abrangeu, no sítio do STF, acórdãos de julgamento e de reconhecimento de repercussão geral, e, no sítio do STJ, acórdãos de julgamento, sendo que neste caso foram encontrados acórdãos em que o termo de pesquisa constava da ementa do acórdão ou das “palavras de resgate” (campo preenchido pela Secretaria de Jurisprudência do STJ e que traz termos relacionados ao processo. Cf.: <<https://ww2.stj.jus.br/out/in/faq/pesquisa/>>, acesso em 18/7/14). A pesquisa orientada pela expressão “busca pessoal” retornou 1 (um) acórdão do STF e 12 (doze) acórdãos do STJ. Dos acórdãos proferidos pelo STJ, apenas três de fato consubstanciam alguma discussão relativa à busca pessoal, haja vista que nos demais há apenas a menção ao fato de tal medida ter ocorrido no curso do processo/investigação, sem discussão a seu respeito. Os processos em que não houve discussão relativa à busca pessoal, a despeito do termo na ementa, são: RHC

4.1.1. A busca pessoal sob a ótica do Supremo Tribunal Federal

Na pesquisa de jurisprudência feita no sítio eletrônico do STF com base no parâmetro de pesquisa “busca pessoal”, foi encontrado apenas um acórdão de julgamento, relativo ao HC 81.305/GO. Tal julgado foi proferido pela Primeira Turma do STF em 2001 e é até hoje citado pela doutrina¹⁸³ como um exemplo dos limites supostamente impostos pela jurisprudência pátria à prática da busca pessoal com base no requisito da “fundada suspeita”. O acórdão recebeu a seguinte ementa, na parte que ora interessa:

HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. [...]. 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

71.205/PR; HC 286.546/SP; RHC 48.471/MG; CC 128.923/SE; RHC 39.975/MG; HC 142.205/RJ; HC 101.613/SP; RHC 22.828/RJ; HC 16.140/PA. A pesquisa orientada pela expressão “abordagem policial” conduziu à descoberta de 6 (seis) acórdãos proferidos pelo STF e 59 (cinquenta e nove) acórdãos proferidos pelo STJ. Dos acórdãos proferidos pelo STF, apenas três deles de fato abrangem a análise da abordagem policial, ao passo que, nos demais, discute-se questão relativa à tipicidade do crime de uso de identidade falsa (HC 98702), à suficiência de provas para a condenação do réu (HC 81930) e à responsabilidade civil do fornecedor pelo erro no emplacamento de veículo (ARE 885113). Dos acórdãos do STJ, apenas onze de fato abrangem a análise da abordagem policial, em questões relativas ao excesso da atuação do agente público e à configuração de dano moral e abuso de autoridade. Os demais acórdãos abarcam discussão de questões variadas, não concernentes ao tema abordado na presente pesquisa. Em relação aos 23 (vinte e três) julgados do STJ que veiculam a expressão “abordagem policial”, mas sem discussão em sobre o instituto, tratam de temas variados e diversos, que foram assim classificados: Uso de documento falso/falsa identidade: HC 344.467/RS; AgRg no AREsp 448.437/RS; STJ, HC 134.341/MS 1; HC 206.758/SP; HC 126.937/MS; Competência da Justiça comum/Justiça militar: RHC 33.361/SP; STJ, CC 114.205/SP; Desacato, resistência e lesão corporal contra PM após abordagem: RHC 69.093/MG; HC 335.589/SP; STJ, RHC 41.036/PR; Tentativa de homicídio após fuga de abordagem: RHC 69.620/RS; RHC 43.483/PR; Responsabilidade civil do Estado por morte: AgRg no AREsp 513.793/SC; disparo de arma de fogo após abordagem em erro de execução: STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1421692/DF; Publicação de informação falsa em site envolvendo prisão após abordagem: STJ, AgRg no AREsp 423.192/RS; Prisão cautelar por tentativa de fuga após abordagem: STJ, HC 344.554/MS; RHC 47.287/MG, DJe 09/03/2016; RHC 66.609/RS; HC 348.476/SP; HC 338.722/SP; HC 321.767/MG; HC 253.450/MG; STJ, HC 252.935/RS; STJ, HC 65.090/SP; Prisão cautelar por tráfico de *crack*: HC 267.557/MG; Prova da menoridade no momento da abordagem em HC: HC 259.542/SP; Prisão por excesso de prazo de réu foragido desde a abordagem: HC 258.533/SP; Tráfico: vedação de liberdade provisória: HC 217.400/SP; HC 200.393/MS; Tipicidade de porte ilegal de arma de fogo: AgRg no REsp 1248502/PR; HC 84.034/MG; *Sursis*: vedação em tráfico: STJ, HC 165.650/SP; Circunstâncias do crime: reação após abordagem: autodefesa: HC 169.229/RS; Transmissibilidade do direito à reparação pelo dano moral aos herdeiros: espancamento por PMs: STJ, REsp 978.651/SP; Objetos do acusado (não) encontrados no local da abordagem: RHC 67.407/DF; RHC 68.992/MG; HC 269.621/SP; Direito ao silêncio na abordagem: AgRg no REsp 1572700/SC; HC 253.709/RJ; Tráfico: prisão cautelar por apreensão de dinheiro na abordagem: HC 329.427/SP; HC 328.756/SP; RHC 58.094/MG; HC 311.816/PR; Prisão cautelar por encomenda de droga na abordagem: HC 335.442/SP; Prisão cautelar por apreensão de droga em veículo parado em abordagem: HC 340.497/SP; Prisão cautelar por utilização de “batedor” para evitar abordagens: RHC 64.118/MS, DJe 14/12/2015; Interrupção do crime pela abordagem: HC 144.063/CE; Prisão cautelar por flagrante de prostituição de menor em abordagem: HC 323.300/PA.

¹⁸³ Cf. LOPES JR, 2012., p. 719; LIMA, Renato 2013, p. 710.

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.¹⁸⁴

No caso, o impetrante-paciente havia sido autuado pelo crime de desobediência – Código Penal (CP), art. 330 – em virtude de ter-se recusado a submeter-se a busca pessoal. Sustentou-se no *habeas corpus* que, no caso, não havia “fundada suspeita” de qualquer das situações elencadas no art. 244 do CPP, razão pela qual a ordem dos policiais seria ilegal e, portanto, a recusa a seu cumprimento não configuraria crime de desobediência.

Relevante notar que, na petição de *habeas corpus*, o impetrante-paciente salientou seus caracteres pessoais e sustentou que a busca pessoal seria um tratamento dispensado a “marginais, delinquentes e outras pessoas suspeitas, cujas ações representam perigo à sociedade”, razão pela qual não haveria “razão fática” para ter sido emanada contra si ordem de submissão a revista no caso. No ponto, transcreve-se a exordial:

Não entendendo a razão de tal truculenta e arbitrária abordagem, eis que não existia razão fática que a justificasse, afirmou o Impetrante estar na porta de sua residência e que ali havia recém-chegado com o intuito de se recolher ao repouso noturno, pelo que ouvira que tal situação pouco importava aos autores da ação inusitada, que lhe deram ordem abusiva e sem qualquer razão, *para que fosse procedida a sua revista, tal qual se faz com marginais, delinquentes e outras pessoas suspeitas, cujas ações representam perigo à sociedade;*

7. Sentindo-se extremamente humilhado com uma situação vexatória à qual estava sendo submetido, apresentou-se o Impetrante como advogado, argumentando a desnecessidade cristalina daquela abusividade policial, o que nem de longe fora reconhecido pelos autores de dita atividade indevida, tendo estes providenciado o chamamento, via rádio, de seu superior hierárquico, o Aspirante Oficial de nome “SANO”. [...]

[O Impetrante] dirigiu-se à Delegacia de Polícia que lhe fora recomendada, juntamente com o amigo que estava em sua companhia e, também, com seus pais e irmãos que haviam saído de sua residência para ver o que estaria a acontecer, sendo que, por todo o trajeto, foram escoltados pelas viaturas policiais, *tal qual como se fossem elementos de alta periculosidade.*¹⁸⁵

Destaca-se então daí que a argumentação tecida pelo próprio impetrante-paciente conferiu especial ênfase ao descompasso entre o tratamento policial que lhe fora dispensado e a sua condição social/profissional, uma vez que a determinação de submissão a busca pessoal somente seria cabível em face de “marginais delinquentes ou outras pessoas suspeitas”, ou de “elementos de alta periculosidade”.

¹⁸⁴ STF, HC 81305, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 13/11/01, DJ 22-02-02.

¹⁸⁵ STF, HC 81305, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julg. em 13/11/01, DJ 22-02-02, p. 308-309, sem grifos no original

Por sua vez, no relatório do acórdão respectivo, destaca-se que o impetrante-paciente era advogado pós-graduando na cidade de Goiânia, o qual voltava de um compromisso social quando foi abruptamente abordado por agentes policiais, que solicitaram efetuar uma revista em suas vestes. Assim, no voto condutor, ponderou-se que o mero fato de o paciente trajar um “blusão” – fato erigido pelos policiais como o motivo para a revista, voltada a confirmar se o paciente não estaria ocultando arma sob suas vestes –, era insuficiente para embasar a busca pessoal, uma vez que esta não poderia basear-se em “parâmetros unicamente subjetivos, discricionários do policial, exigindo, ao revés, elementos concretos que revelem a necessidade da revista”¹⁸⁶. Aduziu-se que entendimento contrário referendaria condutas arbitrárias que ofenderiam direitos individuais e consubstanciarium abuso de poder.

A profissão exercida pelo paciente foi então destacada na fundamentação do voto condutor, no qual se concluiu pela ilicitude da abordagem policial:

A hipótese dos autos estaria enquadrada na segunda parte do dispositivo [CPP, art. 244] – “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja de posse de arma proibida”.

Ocorre, contudo, que a dita suspeita não pode basear-se em parâmetros unicamente subjetivos, discricionários do policial, exigindo, ao revés, elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, mormente quando notório o constrangimento dela decorrente.

Do contrário, corre-se o risco de referendar condutas arbitrárias que, além de ofensivas aos direitos e garantias individuais, caracterizam evidente abuso de poder.

Foi justamente o que ocorreu na espécie, mostrando-se desarrazoado que um cidadão, ao estacionar o carro em frente a sua residência, depois de identificar-se como advogado, seja obrigado por vários policiais, sob a mira de fuzis, a descer do veículo para ser revistado, a propósito de vestir um “blusão”. E como se não bastasse, por haver indagado das razões da revista, ter sido conduzido, escoltado, à delegacia e autuado por desobediência.¹⁸⁷

Assim, após salientar os caracteres subjetivos do paciente no relatório e no voto condutor, a Primeira Turma reputou desarrazoada e ilegal a conduta dos policiais que determinaram a revista na espécie e determinou o arquivamento do termo circunstanciado lavrado em face do paciente, por falta de justa causa, dada a atipicidade da conduta de recusar-se a cumprir a ordem ilegal emanada pelos policiais.

4.1.2. A busca pessoal sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça

¹⁸⁶ STF, HC 81305, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 13/11/01, DJ 22-02-02, p. 313.

¹⁸⁷ STF, HC 81305, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julg. em 13/11/01, DJ 22-02-02, p. 313-314.

Na pesquisa, foram encontrados três acórdãos do STJ que envolvem alguma consideração relativa à busca pessoal, todos de julgamentos de *habeas corpus* pelas turmas componentes da Terceira Seção (dois julgados pela Quinta Turma e um pela Sexta Turma).

O acórdão mais recente e que possui uma análise direta da questão da legalidade da busca pessoal refere-se ao julgamento do HC 257.002/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze e assim ementado, na parte que aqui interessa:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. [...]. 2. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DAS PROVAS EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO DA BUSCA PESSOAL. COLISÃO DE DIREITOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS E ILIMITADOS [...]. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

2. Inexistem direitos absolutos e ilimitados e, para que aparentes contradições entre princípios de igual matiz sejam solvidas - aplicando-se a norma constitucional de forma segura e coerente -, utiliza-se o princípio também constitucional da proporcionalidade.

3. No caso, o réu foi conduzido a hospital para ser submetido a exame radioscópico, momento em que foi constatada a existência de cápsulas de drogas em seu estômago e intestinos. Referido exame não consiste em auto-incriminação pelo réu, nada mais sendo do que uma extensão da busca pessoal, como já ocorre com detectores de metais.

4. Em razão do alto grau de afetação de direitos e por ser vexatória e invasiva, a medida de busca pessoal é excepcional, devendo a autoridade policial agir com extrema cautela, evitando-se atos abusivos, somente levando-a a cabo quando houver fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de arma proibida, com objetos que constituam corpo de delito, com instrumento de crimes, entre outros.

Não se pode dizer que os réus foram aleatoriamente escolhidos para a revista, sendo o procedimento adequado.

5. Inexiste qualquer registro de que o réu tenha sido compulsoriamente submetido ao exame médico, ou tenha obstaculizado a realização dos procedimentos para identificação e retirada das drogas. Mesmo porque tais medidas tinham o desiderato de preservar a própria integridade física do acusado, pois as cápsulas de cocaína poderiam se romper no interior do seu corpo, causando risco de morte. Fazendo-se um juízo comparativo entre os interesses envolvidos, não se mostrou desarrazoada a busca pessoal realizada, inexistindo nulidade. [...]

8. Habeas corpus não conhecido.¹⁸⁸

No caso, o paciente, que estava com um outro indivíduo dentro de um ônibus de transporte interestadual, teria reagido com nervosismo à presença de policiais que lá ingressaram. Os dois teriam fornecido “respostas desencontradas” às perguntas a eles direcionadas¹⁸⁹, razão pela qual foi realizada busca pessoal pelos policiais. Nada foi encontrado

¹⁸⁸ STJ, HC 257.002/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. em 17/12/13, DJe 19/12/13

¹⁸⁹ Consta do acórdão impugnado: “Os policiais rodoviários envolvidos na prisão, Marco Antônio Poltronieri, Antônio Carlos de Carvalho e Carlos Henrique Belini Magdaleno, declararam que abordaram um ônibus que seguia de Campo Grande-São Paulo e suspeitaram dos acusados que forneciam respostas desencontradas, diante disso conduziram-nos à Santa Casa e, em exame radiográfico, detectaram a presença de objetos no intestino dos réus. Após os acusados expelirem tais objetos, constatou-se serem cápsulas contendo cocaína” (TJSP, 10ª Câmara de Direito Criminal, Processo n. 0009373-18.2010.8.26.0483, Rel. Des. Carlos Bueno, julgado em 16/8/12).

após a revista de ambos, mas os réus não foram liberados. Ao contrário, foram conduzidos pelos policiais a um hospital a fim de serem submetidos a exame radioscópico. Lá, foi constatada a existência de droga em seus sistemas digestivos.

No *habeas corpus*, questionava-se a licitude da apreensão das drogas¹⁹⁰. Sustentava-se a ausência de fundada suspeita de posse de arma proibida ou de corpo de delito para a submissão à busca pessoal e a violação ao direito à não autoincriminação pela condução coercitiva ao hospital para realização do exame radioscópico.

No voto condutor do acórdão, salientou-se de início que a CF/88 confere especial proteção à dignidade da pessoa humana, mas, por outro lado, protege “direitos de caráter coletivo”, como a ordem, a segurança e a paz públicas. Por tal razão, aduziu-se que os direitos não poderiam ser encarados como absolutos, de modo que a contradição entre princípios constitucionais de igual matiz deveria ser resolvida pelo princípio da proporcionalidade. E no tocante à busca pessoal registrou-se que esta “incontestavelmente impõe uma restrição a direitos individuais”, de modo que, “em razão do alto grau de afetação de direitos e por ser vexatória e invasiva, a medida é excepcional” e limitada aos casos previstos no art. 244 do CPP.

Fixadas tais premissas, a Quinta Turma do STJ observou que, no caso concreto, o paciente foi conduzido a hospital para realização de exame radioscópico, a qual não configuraria autoincriminação pelo réu, mas sim mera extensão da busca pessoal, como seriam os detectores de metais. Considerou-se, ainda, que a intervenção dos policiais mostrou-se necessária para “preservar a ordem” e não ultrapassou os limites da razoabilidade, de modo que, em juízo comparativo entre os interesses envolvidos, não se constataria nenhuma nulidade.

Importante enfatizar, porém, que, no caso, não se procedeu a uma simples e breve revista do corpo e das vestimentas dos suspeitos, no próprio local da abordagem. Mais que isso, foi realizada revista, após a qual não foi encontrado nada ilícito em posse dos investigados. Nesse contexto, sem a indicação de qualquer elemento apto a conferir concretude à suspeita dos policiais e a indicar a necessidade e a adequação da medida, os acusados foram retirados do local da abordagem e conduzidos a hospital, para submissão a exame radioscópico¹⁹¹. Já de plano, portanto, causa perplexidade o contraste entre a digressão feita no voto condutor a

¹⁹⁰ Consta da sentença condenatória: “Narra a denúncia que os denunciados, associados, fazendo uso de transporte coletivo com itinerário Campo Grande/MS - São Paulo/SP, traziam referidas cápsulas de cocaína no interior de seus estômagos e intestinos. Abordado o ônibus em que estavam, policiais militares notaram que agiam com nervosismo e apresentavam respostas desconexas, razão pela qual foram os denunciados submetidos a exame radiográfico. Constatada a existência de objetos em seus estômagos e intestinos, aguardou-se até que Leonardo expelisse as oitenta cápsulas que tinha dentro de si e Mário expelisse as setenta e cinco que trazia no interior de seu corpo” (TJSP, 3ª Vara da Comarca de Presidente Venceslau, processo n. 0009373-18.2010.8.26.0483).

¹⁹¹ Consoante acima destacado, o exame radioscópico extrapola os limites de mera busca pessoal e configura intervenção corporal, como esclarecem Nicolitt e Wehrs (2015).

respeito da excepcionalidade abstrata da busca pessoal e a indiferença a respeito da invasividade da *intervenção corporal* realizada no caso concreto, a qual extrapolou, pois, mera busca pessoal.

Por outro lado, quanto ao exame da legalidade da busca pessoal no caso concreto, é curioso notar que não há nenhuma menção no acórdão do STJ ao fundamento utilizado pelos policiais para praticar a busca pessoal. Deveras, apenas a partir da leitura da sentença condenatória e do acórdão de julgamento da apelação (disponíveis no sítio eletrônico do TJSP) é que se pôde ter ciência de que os policiais fundamentaram a prática da busca pessoal no suposto nervosismo do paciente e do corréu, os quais teriam dado respostas desconhecidas às perguntas que lhes teriam sido dirigidas. Assim, embora a questão suscitada no *habeas corpus* fosse exatamente a legalidade da busca pessoal por ausência de fundada suspeita de posse de corpo de delito, o STJ nem sequer mencionou os fundamentos dos policiais para justificar a busca, a fim de examinar se configurariam fundada suspeita de posse de corpo de delito.

Nesse passo, em uma leitura invertida do permissivo legal, afirmou-se no voto condutor que o fato de efetivamente terem sido encontradas drogas após a realização do exame seria suficiente para a “demonstração objetiva” da suspeita que teria subsidiado a busca pessoal e que a tornaria lícita. Ademais, acrescentou-se os réus não foram escolhidos aleatoriamente para a revista, razão pela qual a medida estaria legitimada.

Contudo, deve-se esclarecer que, ao contrário da orientação adotada pelo STJ nesse caso, o art. 244 do CPP não condiciona a legalidade da busca pessoal à *descoberta* de arma proibida ou corpo de delito em posse da pessoa abordada, *após* a revista. Ao revés, a legalidade da busca é condicionada à configuração de *fundada suspeita* de posse de arma proibida ou corpo de delito *antes* da prática da medida. De outra parte, a prosperar o raciocínio aplicado pelo STJ, toda busca que desse ensejo à apreensão de elemento probatório seria convalidada por esta apreensão, independentemente de prévia fundada suspeita ou não, ao arripio do art. 244 do CPP. Por outro lado, *a contrario sensu*, se um policial, mesmo possuindo fundada suspeita de posse de corpo de delito por parte de um sujeito, decidir realizar uma busca pessoal, mas nada encontrar em posse do suspeito, então essa busca seria ilegal: a *inexistência* de corpo de delito implicaria uma “demonstração objetiva” da *inexistência* de “fundada suspeita”.

A regra contida no art. 244 do CPP, portanto, deixou de ser aplicada pela Quinta Turma do STJ no caso acima analisado. Embora essa fosse a questão central a ser analisada para aferir a legalidade do ato, não foi realizado nenhum exame, nem mesmo breve ou superficial, quanto à idoneidade das circunstâncias apontadas como configuradoras de “fundada suspeita”. Nesse passo, quanto ao caso concreto, cumpre ponderar que o nervosismo dos acusados diante da presença da polícia no veículo de transporte coletivo é insuficiente, por si só, para configurar

fundada suspeita de posse de arma proibida ou corpo de delito, haja vista que se trata de reação comum e corriqueira a alteração de humor diante da presença de policiais militares. No ponto, relevante considerar que, no atual contexto brasileiro, é disseminada a desconfiança perante a polícia e majoritária a concepção de que os policiais são despreparados para o seu trabalho e de que sua atuação se dá de maneira desrespeitosa e preconceituosa (cf. CUNHA *et al.*, 2012a; CUNHA, *et al.*, 2012b; CUNHA *et al.*, 2013). Assim, o nervosismo não pode ser alçado a indício de posse de arma proibida ou corpo de delito. Além disso, é vaga a mera remissão a respostas desconexas como fundamento para a revista. Não se fez menção ao teor das supostas perguntas e respostas, tampouco à contradição entre elas constatada. Por isso, o caso parece indicar a *inexistência* de fundada suspeita de posse de corpo de delito. Assim, o julgamento do HC 257.002/SP é alarmante, pois, a um só tempo, reflete uma equivocada interpretação do requisito da “fundada suspeita” – tida como demonstrada pelos resultados e não pelos fundamentos da busca – e conduz a uma ampliação incondicionada e irrefletida dos limites da busca pessoal – a qual abrangeria não só uma revista no corpo e na vestimenta do indivíduo, mas também a sua detenção e condução a local diverso para submissão a intervenção corporal.

Feitas tais considerações quanto ao HC 257.002/SP, passa-se então ao acórdão do julgamento do HC 216.437/DF, de março de 2013, pela Sexta Turma do STJ, cuja ementa possui o seguinte teor, na parte ora relevante:

HABEAS CORPUS. CARTEL. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. [...]. FUNDADA SUSPEITA DE POSSE DE OBJETOS OU PAPÉIS QUE CONSTITUAM CORPO DE DELITO. OCORRÊNCIA. BUSCA EM VEÍCULO. EQUIPARAÇÃO À BUSCA PESSOAL. MANDADO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. [...]

3. Havendo fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, como no caso, a busca em veículo, a qual é equiparada à busca pessoal, independe da existência de mandado judicial para a sua realização.

4. Ordem denegada.¹⁹²

Nesse caso, a autoridade policial obteve mandado de busca domiciliar e, após cumpri-lo, teve notícia, por meio de interceptação telefônica, de que, no automóvel do investigado, havia documentos e papéis que continham vestígios da infração penal investigada. Ao ouvir as interceptações, os policiais voltaram ao local e, sem novo mandado judicial, revistaram o veículo, que estava estacionado em via pública, apreendendo os documentos.

No *habeas corpus*, os defensores do investigado sustentaram que seria necessária nova autorização judicial para a revista no veículo, a qual se enquadraria como busca domiciliar, pois o veículo estava estacionado, desligado e sem o motorista. Contudo, alinhando-se à doutrina

¹⁹² STJ, HC 216.437/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/09/12, DJe 08/03/13

dominante, a Sexta Turma entendeu que, salvo se o veículo for destinado à habitação, a busca em automóvel constitui busca pessoal, ainda que o veículo esteja estacionado e desligado. E, no que toca ao caso concreto, reputou configurada fundada suspeita de posse de corpo de delito no automóvel com base nas informações obtidas na interceptação telefônica, o que tornaria dispensável novo mandado de busca¹⁹³. O acórdão de julgamento foi impugnado perante o STF (RHC 117.767/DF). No entanto, a Segunda Turma do STF manteve o entendimento da Sexta Turma do STJ (em acórdão de julgamento ainda não publicado e, por isso, não analisado).

Por fim, no julgamento do HC 101.668/PE, a Quinta Turma do STJ enfrentou a questão relativa à necessidade de mandado prévio para a apreensão de *notebook* pertencente ao paciente e localizado no interior de aeronave. O acórdão de julgamento foi ementado nos seguintes termos, em relação à legalidade da apreensão do *notebook*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONTRABANDO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO EM LEI TRABALHISTA. APREENSÃO DE BEM EM BUSCA PESSOAL. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. [...].
I - A teor do art. 6º, inc. II e III, do CPP a autoridade policial, ao tomar conhecimento de um fato delituoso, está autorizada a apreender objetos a ele relacionados. [...].
Ordem denegada.¹⁹⁴

No voto do relator, Ministro Felix Fischer, pontuou-se, em específico, quanto à questão, que a apreensão do computador portátil do paciente deu-se em conformidade com a lei processual penal, com base nas seguintes considerações:

Não se vislumbra ilegalidade na apreensão do *notebook* do paciente pela autoridade policial. Isso porque, como bem ressaltado pela d. Subprocuradoria-Geral da República, "*no caso em exame, tão logo se viu diante da possível prática de ilícito penal - o paciente foi surpreendido portando quantia de R\$ 753.200,00 em dinheiro, sem declarar o numerário ou comprovar sua origem lícita - a polícia apreendeu a vultuosa quantia e o notebook portados pelo paciente, tratando de resguardá-los. No mesmo dia 20 de abril de 2007, instaurou o competente inquérito policial e, em seguida, requereu à autoridade judicial autorização para os exames periciais pertinentes.*" (fl. 597/598)

Não procedem as alegações dos impetrantes de que inexistia indícios suficientes da ocorrência de crime, que seriam aptos a legitimar a busca realizada no interior do avião, pois não há nos autos qualquer demonstrativo de que teria sido infundada a referida diligência (ressalta-se que os impetrantes sequer juntaram os autos de apreensão), sendo que a busca pessoal, ao contrário da busca domiciliar, não exige fundadas razões, mas apenas fundadas suspeitas.

Desta forma, está evidenciado que a atuação policial está amparada pelo artigo 6º, incs. II e III, do CPP.

¹⁹³ Cumpre notar que, embora a medida tivesse sido determinada no curso de investigação preliminar, em que já havia sido autorizada a interceptação telefônica, nos termos da Lei n. 9.296/96, não se exigiu mandado judicial prévio para a realização da busca, ainda que não houvesse nenhum elemento indicativo da urgência da medida, que impedisse a submissão da prática policial ao prévio crivo jurisdicional.

¹⁹⁴ STJ, HC 101668/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/08/08, DJe 20/10/2008

É de se observar que, curiosamente, a questão relativa ao cabimento da busca pessoal com base no art. 244 do CPP não foi enfrentada, uma vez que se utilizou como permissivo legal para a atuação da polícia o art. 6º, II e III, do Código. Assim, não foi enfrentada a questão de se o *notebook* poderia ser qualificado como corpo de delito, conforme exige o art. 244 do CPP. No entanto, concomitantemente à omissão quanto ao art. 244, remeteu-se à “fundada suspeita” para validar a atuação policial, com base no fundamento de que não seriam necessárias fundadas razões para a busca, mas apenas “fundadas suspeitas”. A argumentação construída no voto condutor do acórdão, portanto, transparece a leitura parcial do disposto no art. 244 do CPP, restrita à parte em que este permissivo legal interessa à validação da atuação policial. Remete-se à (incompleta) expressão *fundada suspeita*, pois sua amplitude e indeterminação permitem validar a atuação policial. No entanto, não se faz menção ao complemento a que se refere tal expressão no texto legal e, assim, não se enfrenta a questão relativa à possibilidade de se qualificar o *notebook*¹⁹⁵ como corpo de delito dos crimes investigados.

Em arremate, cabe consignar que, nos três acórdãos do STJ em que se encontrou alguma discussão relativa à busca pessoal, conclui-se pela sua legalidade. Nesse contexto, a doutrina cita, repetidamente, o HC 81.305, proferido em um caso de particular singularidade, como demonstrativo da oposição jurisprudencial ao uso arbitrário/abusivo da busca pessoal.

4.1.3. A abordagem policial sob a ótica do Supremo Tribunal Federal

Em outros dois acórdãos prolatados pelo STF, analisou-se a questão relativa à abordagem policial, sem que esta se classificasse expressamente como busca pessoal. Nesses julgados, dois relatados pelo Ministro Luiz Fux e outro pelo Ministro Dias Toffoli, discutiram-se questões conexas ao cabimento da busca pessoal, quais sejam, a responsabilidade civil do Estado pelo abuso na abordagem (em dois deles) e a legalidade de gravação ambiental clandestina voltada a comprovar crime de concussão pelo policial no momento da abordagem.

Nos acórdãos referentes ao abuso/excesso na abordagem (ARE 811.142, relatado pelo Ministro Dias Toffoli; ARE n. 723.824, relatado pelo Ministro Luiz Fux), a questão não foi enfrentada, pois se entendeu que a análise da tese veiculada no recurso extraordinário, referente

¹⁹⁵ O STF já se manifestou quanto à apreensão de computador, no sentido de que é necessária prévia autorização judicial, com base no art. 5º, XII, da CF/88. Nesse sentido, confira-se: STF, RE 418.416/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10-5-2006, DJ, 19-12-06, p. 37.

à configuração dos requisitos da responsabilidade civil do Estado, demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede o conhecimento do recurso, nos termos do enunciado sumular n. 279 do STF¹⁹⁶. Assim, no julgamento do ARE 811.142, a abordagem abusiva teria consistido em prisão efetuada de modo violento entre policial militar e cidadão após discussão em abordagem de trânsito, na qual não há notícia de ocorrência de busca pessoal. No julgamento do ARE 723.824, por sua vez, o STF manteve acórdão¹⁹⁷ que manteve sentença que condenou o Município de Niterói – RJ a indenizar indivíduo por abordagem efetuada com excesso¹⁹⁸.

Por outro lado, no julgamento do RHC 108.156, o STF¹⁹⁹ assentou a inexistência de violação à intimidade e à vida privada do próprio policial que, ao efetuar uma abordagem, é gravado por um repórter ao exigir vantagem indevida, sob pena de ser forjado um flagrante em seu desfavor. Salienta-se que, na espécie, o crime de concussão (CP, art. 316)²⁰⁰ foi praticado no exercício de função pública, em local público, o que conduz à inexigibilidade de autorização judicial para a gravação. Também esse caso não envolve, portanto, análise direta da legalidade da abordagem, haja vista que trata da licitude de gravação como meio de prova.

Os casos não dizem respeito, portanto, à validade da abordagem policial, mas tratam de casos de abuso do poder de polícia, em intensidades distintas, os quais exemplificam a problemática e reforçam a necessidade de ferramentas de controle efetivo dessa prática.

4.1.4. A abordagem policial sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça

Em dez dos onze acórdãos encontrados na pesquisa de jurisprudência feita no sítio eletrônico do STJ a partir do parâmetro “abordagem policial”, a questão suscitada envolvia aspecto relativo à responsabilidade civil do Estado pela abordagem policial abusiva ou excessiva. Em oito deles²⁰¹, as turmas que compõem a Primeira Seção do STJ analisaram casos

¹⁹⁶ STF, ARE 811142 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26/08/14, DJe-197 08-10-14; STF, ARE 723824 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/09/13, DJe-197 04-10-13

¹⁹⁷ TJRJ, 6ª Câmara Cível, Agravo Inominado em Apelação Cível nº 0078335-76.2010.8.19.0002

¹⁹⁸ No caso, um estudante reportou a um guarda municipal que alguns bens seus haviam sido furtados e apontou um rapaz que passava na rua como o autor da infração. Diante dessa informação, o guarda municipal, sem olhar o rosto do indivíduo indicado como suspeito, imobilizou-o, agarrando-o no pescoço, e virou-o para o estudante, que, entretanto, afirmou que não se tratava do homem que havia o furtado. Nesse contexto, a Sexta Câmara Cível do TJRJ ressaltou que não havia nos autos notícia de resistência por parte do suspeito, ou mesmo qualquer atitude que demonstrasse ameaça aos transeuntes, a justificar a abordagem, efetuada mediante imobilização pelo pescoço, o que demonstraria o excesso na conduta do guarda municipal e atrairia a responsabilidade civil do Estado.

¹⁹⁹ STF, RHC 108156, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 09/08/2011

²⁰⁰ CP, art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Pena: reclusão, de dois a oito anos, e multa.

²⁰¹ AgRg no AREsp 765.486, do AgRg no AREsp 639.371, do AgRg no AREsp 611.684, do AgRg no AREsp 419.524, do AgRg no AREsp 507.606, do AgRg no AREsp 485.974, do REsp 1224151/CE, REsp 1070230.

em que se requereu a reforma do *quantum* indenizatório fixado pelas instâncias ordinárias. Em todos esses oito, manteve-se a indenização arbitrada, em virtude da impossibilidade de reanálise do acervo fático-probatório dos autos (enunciado sumular n. 7 do STJ). Em dois deles²⁰², o STJ também deixou de conhecer dos recursos com base nesse enunciado sumular, mas para manter acórdãos que haviam reputado válida a abordagem policial.

Ao cabo, no mais remoto acórdão encontrado, foi questionada e efetivamente enfrentada a questão da validade da atuação do policial, nos termos da seguinte ementa:

[...] "HABEAS CORPUS" PREVENTIVO - ABORDAGEM POLICIAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - O poder de polícia (não se confunde com o poder da polícia) consiste, obedecido o princípio da legalidade, impor restrições ao exercício de direitos, visando ao bem estar da coletividade. A solicitação de documentos de propriedade de veículos, comprovante de habilitação para dirigi-los, em princípio, não denotam nenhuma ilegalidade. Inexistência de coação ilegal, ausente abuso ou desvio de poder.²⁰³

No caso, o paciente impetrou *habeas corpus* preventivo objetivando a expedição de salvo-conduto para se eximir de submissão às *blitz* de trânsito realizadas pela polícia, em virtude de operação consistente em manter postos de permanentes de polícia na entrada e na saída das principais cidades do Estado de Alagoas, com o fito de prevenção de crimes. A ordem foi denegada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, que rechaçou a configuração de constrangimento ilegal pela realização das referidas abordagens e revistas, as quais se inseririam como ato discricionário (e não arbitrário) decorrente do poder de polícia.

Ao analisar o caso, o relator, Ministro Luiz Cernicchiaro, ponderou inicialmente que no Brasil é aceita indiscriminadamente a “batida”, vale dizer, a busca pessoal, por ele definida como o toque no corpo e na vestimenta do indivíduo com o fito de averiguar a posse de objeto proibido. Diante desse contexto, o Ministro argumentou que o artigo 240, § 2º, do CPP não atingiu a eficácia desejada e que o assunto raramente é relacionado à garantia da intimidade e da defesa da pessoa humana. Pontuou, em acréscimo, que o CPP português, em seus artigos 140 a 147, possui tratamento mais cauteloso do tema.

Entretanto, ao analisar a situação dos autos, o Ministro observou que a realização de *blitz* em rodovias se inseriria no âmbito de atuação permitida pelo poder de polícia. Ponderou então que não caberia *habeas corpus* preventivo no caso, pois não haveria como determinar *a priori* se a futura ação dos policiais seria ilegal ou não.

²⁰² AgRg no AREsp 182.882/MS e AgRg no AREsp 69.665/RO.

²⁰³ STJ, RHC 1.833/AL, Rel. Ministro Luiz Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 17/03/92, DJ 06/04/92

4.1.5. *Conclusões extraídas da pesquisa jurisprudencial*

Após a leitura e a análise dos julgados acima examinados, destaca-se, de plano, a oposição entre os entendimentos firmados no julgamento do HC 81.305, pelo STF, em 2001, e no julgamento do HC 257.002, pelo STJ, em 2013. Em ambos, analisou-se a legalidade da busca pessoal com base no art. 244 do CPP, mas a orientação esposada em cada um exibe visões diversas do instituto. Em 2001, ante caso de requisição de busca no corpo e nas vestes do paciente, com base em suspeita de ocultação de arma sob o “blusão” que ele trajava, o STF entendeu que tal justificativa não configurava a “fundada suspeita” de posse de arma proibida exigida pelo art. 244. Por outro lado, em 2013, diante de caso de busca pessoal infrutífera e subsequente condução do paciente a hospital para realização de exame radioscópico, o STJ nem sequer analisou o fundamento erigido pelos policiais para a medida – suposto nervosismo e respostas desencontradas do paciente, vale dizer, fundamento ainda mais vago do que aquele suscitado no caso analisado pelo STF – e concluiu que a atuação policial foi razoável, necessária e proporcional ante o cotejo entre os direitos individuais e o “direito coletivo à segurança”.

A patente discrepância entre os julgados evidencia que não há parâmetros claros e objetivos na jurisprudência quanto às condições de validade da busca pessoal. Apesar disso, conforme já mencionado, o acórdão de julgamento do HC 81.305 é mencionado pela doutrina como representativo da inequívoca contraposição do Poder Judiciário brasileiro à prática de buscas pessoais arbitrárias. Por outro lado, não se encontrou nenhuma menção ao HC 257.002 nas obras doutrinárias consultadas.

Ademais, feito tal apanhado da jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema, é relevante notar que em *nenhuma* oportunidade o STF ou o STJ reconheceram a ilicitude da busca pessoal em caso em que esta tenha tido por resultado a obtenção de elemento incriminador em desfavor do revistado. Assim, em contraste com as milhões de revistas realizadas anualmente pelas polícias, não se identificou nem sequer um caso em que se tenha reconhecido a ilicitude de busca pessoal por meio da qual se tenha descoberto prova incriminadora. O STF e o STJ, portanto, em seus julgamentos colegiados, *nunca* determinaram a exclusão de nenhuma prova apreendida por ilicitude da busca pessoal.

Nesse particular, note-se que as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ (competentes para o julgamento de matéria penal e processual penal) não proferiram nenhum acórdão em que reconhecesse a ilegalidade da busca pessoal. Em nove dos doze acórdãos que citavam o termo “busca pessoal” em sua ementa, a validade da busca não foi analisada. Nos outros três, em que a legalidade da busca foi questionada, esta foi reputada válida. Por outro

lado, em dez oportunidades, as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ (competente para o julgamento de matéria de direito administrativo) analisaram casos relativos à responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de abordagem policial abusiva e excessiva. Em oito, ratificou-se a indenização arbitrada pelas instâncias ordinárias²⁰⁴. Nesses casos, não houve a obtenção de prova contra o abordado.

Assim, embora haja casos de reconhecimento de ilegalidade da atuação policial na esfera civil, inclusive com o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo dano moral causado, a ilegalidade da busca pessoal não tem sido reconhecida na esfera penal. Pode-se extrair daí que há uma tendência a se reconhecer a ilegalidade da abordagem policial ilegal na esfera civil, quando esta não dá ensejo à incriminação do abordado. Em contraste, há um entendimento refratário à possibilidade de se reconhecer a ilegalidade da busca pessoal na esfera penal (a qual ensejaria a ilicitude da prova obtida a partir da medida).

Quanto ao ponto, é importante notar que o único acórdão em que se reconheceu a ilicitude da busca pessoal na esfera penal (STF, HC 81.305) foi relativo a caso de crime de desobediência supostamente configurado pela recusa à submissão à revista – a qual, portanto, *não* deu ensejo à obtenção de prova incriminadora contra o revistado. Assim, somando *todos* os acórdãos do STF e do STJ relacionados à legalidade da busca pessoal, não há *nenhum* em que, reconhecendo-se a nulidade da busca pessoal, determine-se a exclusão da prova obtida do processo em virtude de sua ilicitude derivada. *Todos* os acórdãos que reconhecem ilegalidade foram proferidos em casos em que *não* foi obtida prova contra o abordado.

Tal entendimento pode ser explicado, embora não completamente, pelo raciocínio de que a “fundada suspeita” é “objetivamente demonstrada” pela descoberta posterior de prática de delito após a realização da busca, como se entendeu no julgamento do HC 257.002²⁰⁵. Esse contraste pode ser também associado a um raciocínio utilitarista na aplicação do direito processual penal, orientado pela ideia de que a afirmação de garantias fundamentais não deve significar um decréscimo desproporcional na eficiência do controle do crime e da persecução penal, o que leva à relativização das nulidades no âmbito do processo penal e de menção a interesses de caráter abstrato e difuso como oponíveis a garantias fundamentais do acusado²⁰⁶.

²⁰⁴ Também no exame do ARE n. 723.824, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e do ARE 811.142, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma do STF se deparou com casos em que foi reconhecida a responsabilidade civil do Estado em função de abordagem policial abusiva.

²⁰⁵ Tal entendimento foi rechaçado pelo STF no RE 603.616/RO, atinente à prática de busca domiciliar.

²⁰⁶ Extraí-se do acórdão do HC 257.002 (STJ): “Impende ressaltar, inicialmente, que, se por um lado nossa Carta Magna dispensa especial proteção à dignidade da pessoa humana, por outro, também protege direitos de caráter coletivo – como a ordem, a segurança e a paz pública. Inexistem, portanto, direitos absolutos e ilimitados e, para que aparentes contradições entre princípios de igual matiz sejam solvidas – aplicando-se a norma constitucional

Portanto, de mais a mais, tem-se que o HC 81.305 é o único caso de reconhecimento de ilegalidade da busca pessoal na esfera penal e é caracterizado pela não obtenção de elementos incriminadores a partir da medida, mas sim de autuação do revistado pelo crime de desobediência por não submissão à medida. Ademais, ainda quanto a tal caso, é imprescindível destacar que o HC 81.305 é dotado de particular singularidade, pois se refere a busca pessoal feita em face de advogado e pós-graduando abordado dentro de seu automóvel. Tais condições pessoais do indivíduo abordado no caso distinguem-no dos alvos mais recorrentes da busca pessoal, detectados no capítulo anterior – os jovens negros e pobres que, transitando pelos espaços públicos, são compreendidos como potenciais criminosos – e, sintomaticamente, foram destacados tanto na petição de *habeas corpus*, quanto no acórdão de julgamento.

A ênfase em tais peculiares caracteres pessoais do revistado permite que tal “precedente” da Suprema Corte conviva com a incidência excessiva, desigual e discriminatória de buscas pessoais sobre grupos e categorias sociais marginalizadas e estigmatizadas. Ao associar-se o fundamento da busca pessoal não à conduta objetiva e concreta do abordado, mas sim à sua condição pessoal, é difícil a utilização desse acórdão como paradigma para analisar a validade das abordagens policiais cotidianas. Como visto no capítulo 2, as buscas pessoais rotineiramente realizadas pelo aparato policial costumam se dirigir não a grupos socialmente respeitados – como o dos advogados e pós-graduados –, mas sim a grupos historicamente discriminados, em face dos quais o rótulo da suspeição é distribuído sem parcimônia. Nesse sentido, aduz o próprio impetrante-paciente do HC 81.305 que a busca pessoal não deveria se dirigir a pessoas como ele, mas sim aos “marginais, delinquentes e outras pessoas suspeitas”.

Os rumos do controle judicial da legalidade da busca pessoal no país, portanto, viabilizam a sua prática generalizada, motivada não por indícios sólidos de posse de corpo de delito pelo indivíduo a ser revistado, mas sim movida pela expectativa de obtenção de elemento incriminador após a sua execução, a qual, independentemente da fundamentação prévia da medida, servirá para validá-la retroativamente. Nesse contexto, a prática disciplinar e autoritária da busca pessoal deve ser relacionada ao déficit de racionalização jurídica e de controle de validade dessa prática, o qual formata a escolha das táticas policiais. A ausência de reprovação a atos policiais ilegais e arbitrários pelas instâncias de controle, aí inserido o Poder Judiciário, contribui para perpetuar práticas sistemáticas e estruturais de violação de direitos, que não podem ser colocadas sob a responsabilidade exclusiva das agências policiais.

de forma segura e coerente –, utiliza-se o princípio também constitucional da proporcionalidade. Esse princípio indicará, no caso concreto, a melhor forma de harmonização e equilíbrio entre direitos fundamentais, a fim de se evitar uma excessiva e desnecessária limitação de um deles em benefício de outro”.

4.2. A *stop and frisk* no direito estadunidense

Em contraste com a abordagem tímida e genérica conferida à busca pessoal na seara doutrinária e jurisprudencial brasileira, a problemática concernente à legitimidade da abordagem policial perante o indivíduo no espaço público não é subsidiária no cenário jurídico estadunidense. Ao longo dos últimos anos, a mídia internacional tem noticiado o alastramento de manifestações nos EUA em virtude de repetidos homicídios de negros por policiais. Nesse ínterim, casos de abordagens policiais desarrazoadas a negros nos EUA também alcançaram as páginas principais de vários periódicos. Destacam-se os casos de Brandon McKean (abordado quando caminhava com as mãos no bolso em um dia de frio, o que estaria “deixando as pessoas nervosas”²⁰⁷) e de Chris Lollie (abordado enquanto esperava pela saída de seus filhos da escola²⁰⁸). As abordagens, registradas em vídeo, suscitaram perplexidade nas redes sociais.

Nesse contexto, a revista policial de transeuntes chegou a se tornar tópico de especial relevância durante os debates para as eleições presidenciais de 2016. O candidato republicano eleito, Donald J. Trump, defendeu que a diminuição da prática de revistas (*stops and frisks*) teria conduzido a um aumento no número de homicídios na cidade de New York, após a decisão proferida pela juíza Shira A. Scheindlin na *class action* Floyd, *et al.* v. City of New York, *et al.*, em agosto de 2013. De outra parte, a candidata democrata, Hillary R. Clinton, aludiu a dados oficiais²⁰⁹ que indicavam que, no período de decréscimo de revistas, houve uma redução, e não um aumento no número de homicídios (e outros crimes violentos) na cidade²¹⁰.

²⁰⁷ Reportagem disponível em <independent.co.uk/news/world/americas/man-stopped-by-police-officer-for-walking-down-the-street-with-his-hands-in-his-pocket-while-it-was-snowing-9895635> Acesso em 18/12/15.

²⁰⁸ Reportagem disponível em <dailymail.co.uk/news/article-2737992/Shocking-video-shows-moment-father-28-Tased-cops-refusing-waiting-kids-school.html>. Acesso em: 3/12/15.

²⁰⁹ Dados disponíveis em: http://www.nyc.gov/html/nypd/downloads/pdf/crime_statistics/cs-en-us-city.pdf Acesso em 12/10/2016

²¹⁰ A posição do candidato eleito Trump, que defendeu uma política de *stops and frisks* generalizada em todo território nacional, foi rechaçada com veemência em coluna publicada no *The New York Times*, na qual foi classificada como uma “ficção multifacetada” (*multilayered fiction*). A situação atual foi retratada nos seguintes termos: “As taxas de homicídio diminuíram em 32% desde 2011, o último ano da antiga era de *stop and frisk*, tendo reduzido de 515 em 2011 para 352 homicídios em 2015. No mesmo período, as *stops* foram reduzidas em cerca de 97%, informou J. Peter Donald, porta-voz do departamento. [...]. Durante a era louvada pelo Sr. Trump, cerca de 90% das pessoas abordadas pela polícia eram jovens negros ou latinos, que não haviam cometido nenhum crime, de acordo com os dados fornecidos pela polícia. Dos poucos que foram presos, a vasta maioria foi acusada com nada mais sério do que posse de maconha, não tendo consigo armas. [...]. Centenas de milhares de pessoas inocentes foram abordadas todo ano a fim de que a cidade pudesse prender dezenas de milhares por possuir maconha. Aplicada quase exclusivamente a minorias, a tática de *stop and frisk* em New York se tornou um projeto de governo elefantino que desperdiçou tempo e dinheiro, degradando tanto a personalidade dos homens e mulheres abordados, quanto o profissionalismo das pessoas fazendo as abordagens. Era uma política higienista pobre, indefensável como uma questão de lei ou como uma política efetiva de lei e ordem” (tradução livre). Reportagem

A problemática concernente à legitimidade da abordagem policial, contudo, não é novidade no cenário jurídico-político estadunidense. Com efeito, desde a ratificação da Quarta Emenda à Constituição²¹¹, a Suprema Corte estadunidense²¹² tem capitaneado discussões sobre as condições de validade da abordagem policial, buscando determinar limites e prerrogativas dos órgãos de *law enforcement*²¹³.

Diante desse contexto, é oportuno avaliar quais têm sido as respostas dadas pelo sistema judicial estadunidense à questão da validade da *stop and frisk*, a fim de contrastá-las com o tratamento conferido ao mesmo tema no cenário judicial brasileiro. Tanto lá quanto cá, as revistas policiais constituem um decisivo mecanismo de criminalização secundária, o que torna oportuna a comparação entre o tratamento dispensado ao tema nas duas ordens jurídicas.

Quanto ao ponto, cumpre registrar introdutoriamente que, conforme assinala Ramos (2006), a própria origem da tradição do direito comparado vincula-se ao direito penal e processual penal: é comumente atribuída a Johann Feuerbach, que em 1800 elaborou obra comparativa sobre o direito penal muçulmano, em linha seguida por Carl Joseph von Mittermaier, em estudo comparativo sobre o direito processual penal alemão (1810-1812).

Atualmente, no direito penal e processual penal brasileiro, é possível identificar inúmeros influxos oriundos, em particular, do direito estadunidense, tanto na legislação²¹⁴, quanto na jurisprudência²¹⁵. Tais influxos possuem, contudo, caráter difuso e não sistematizado.

disponível em <http://www.nytimes.com/2016/09/28/nyregion/what-donald-trump-got-wrong-on-stop-and-frisk.html?_r=0> Acesso em 12/10/16

²¹¹ Quarta Emenda, integrante da *Bill of Rights* (1791): “O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, documentos e demais pertences em face de buscas e apreensões desarrazoadas não pode ser violado, e nenhum mandado o pode infringir, salvo quando calcado em causa provável, fundamentado por juramento, e descritos particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução livre).

²¹² Nesta dissertação, opta-se pelo uso da referência bibliográfica das decisões judiciais estadunidenses a partir do padrão de citação vigente nos EUA, consistente na identificação do nome do caso e a referência bibliográfica, com o número do volume da publicação, o nome do repositório, o número da página e o ano de publicação da decisão, entre parênteses. Assim, por exemplo: *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966). Nesse exemplo, “US” é a abreviatura para o meio de publicação dos julgados da Suprema Corte dos EUA (*United States Reports*), o primeiro número (384) é o número do volume, e o segundo número (436) é a página inicial em que se inicia a transcrição do caso (se a referência for de citação de um trecho específico, constará, no lugar deste número, o número da(s) página(s) em que está o trecho citado). Entre parênteses está o ano de publicação do julgado (1966). Transplantada para o sistema de citação brasileiro sugerido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, a referência seria: *Miranda v. Arizona*, in *United States Reports*, n. 384, 1966, p. 436 ss.. Quanto às citações de decisões de outras cortes (que não a Suprema Corte), indica-se o meio de publicação específico e consta ainda da citação, entre parênteses, antes do ano de publicação, a corte julgadora. V.g.: *United States v. Esieke*, 940 F.2d 29 (2d Cir. 1991).

²¹³ A expressão “*law enforcement*”, sem termo correlato na língua portuguesa, refere-se ao sistema organizado de promoção da obediência à lei, mediante a investigação e a punição de infratores, envolvendo as cortes de justiça, órgãos de acusação, departamentos policiais, estabelecimentos prisionais, entre outros.

²¹⁴ A legislação dos juizados especiais cíveis e criminais (Lei n. 9.099/95), de lavagem de ativos (Lei n. 9.613/98), de entorpecentes (Lei n. 11.343/06) e de organizações criminosas (Lei n. 12.850/13) são exemplos conhecidos.

²¹⁵ Têm sido cada vez mais frequentes os acórdãos em que são feitas referências a julgados do direito estadunidense relativos a casos similares aos analisados pelas cortes brasileiras, especialmente como argumento de reforço do acerto da solução conferida ao caso. Assim, v.g., no julgamento do RE 603.616/RO, o Min Gilmar Mendes, do

A ordem jurídica brasileira ainda é embasada na codificação legal de normas gerais e abstratas e no método dedutivo de aplicação da norma aos casos concretos, diretrizes estruturantes dos sistemas jurídicos de origem romano-germânica, e não de origem anglossaxã. Nesse passo, a comparação entre os sistemas jurídicos estadunidense e brasileiro não prescinde de breve compreensão da diferença entre essas duas tradições originárias seguidas por um e outro sistema, vale dizer, a do *common law* e a do *civil law*, respectivamente²¹⁶.

O sistema do *common law* pode ser sintetizado como um modelo que confere primazia aos precedentes judiciais como fonte de direito, em detrimento das leis (*statutory laws*), em que princípios amplos e abrangentes são utilizados como diretriz para a resolução de casos singulares (*case by case system* ou *case law*). Nesse modelo, as normas são pensadas não a partir de um ideal de sistematicidade, mas de sua aptidão para a resolução de questões concretas.

O desenvolvimento desse sistema atrela-se, em especial, ao direito inglês em um período em que inexistiam leis escritas para a decisão de casos em todo o território nacional, tornando necessária a subsunção de normas gerais a partir de decisões particulares (daí a ideia de *judge made law*). Para garantir a segurança jurídica, criou-se a regra da vinculação aos precedentes (NOGUEIRA, 2013), da qual se extrai a doutrina da estabilidade das decisões (*stare decisis*) e a qual resulta na metodologia indutiva de aplicação do direito (RAMOS, 2006).

O sistema de *civil law*, por sua vez, tem como principal característica a codificação legal, a partir de um ideal de completude e sistematicidade da ordem jurídica, composta por normas abstratas e genéricas. Assim, atribui-se primazia à lei escrita (*statutory law*) em face da decisão de casos concretos (*case law*). Por isso entende-se que, nesse modelo, o papel do juiz é o de aplicar a lei ao caso concreto, a partir de um juízo de subsunção. Como resultado, prepondera uma metodologia dedutiva na aplicação do direito (RAMOS, 2006). Fala-se, então, no juiz como o “porta-voz da vontade da lei”, tal como na visão de Montesquieu (2000), embora seja comum a assertiva oposta, no sentido de que as lacunas legais, os conceitos jurídicos indeterminados e os espaços irredutíveis de discricionariedade na interpretação acabam por

STF, fez inúmeras referências a julgados da Suprema Corte dos EUA ao analisar a validade da entrada forçada em domicílio em flagrante de crime permanente. No julgamento do RHC 51.531/RO, o Min. Rogerio Schietti, do STJ, fez referência ao caso *Riley v. California*, julgado em 2014 pela Suprema Corte dos EUA, em voto relativo à validade do acesso aos dados de aparelho celular durante prisão em flagrante, sem autorização judicial prévia.

²¹⁶ Em 1964, foi publicado um dos clássicos do direito comparado – “Os grandes sistemas do direito contemporâneo”, de René David, na qual são expostas três “famílias” de sistemas jurídicos: a de origem romano-germânica (*civil law* ou direito continental), a dos direitos socialistas (com destaque ao direito soviético) e a do *common law*, de origem anglossaxã. Também há referência ao direitos muçulmano, hindu, judaico, extremo-oriental, africano e de Madagascar (DAVID, 2002). A maioria dos autores, contudo, só identifica duas famílias, *common law* e *civil law*, ambas de origem europeia, vendo nas demais sistemas mistos (NOGUEIRA, 2013).

conferir significativo poder aos juízes, que, por sua vez, não devem fidelidade aos precedentes como no *common law*.

A despeito das discrepâncias na origem, é virtualmente unânime na doutrina jurídica internacional a contemporânea aproximação entre os dois sistemas, em caráter recíproco. Assim, René David (2002), nos idos de 1964, já assinalava que a lei tem desempenhado papel cada vez mais relevante no sistema anglossaxão, ao passo que nos sistemas romano-germânicos tem-se dado mais força e relevância às decisões judiciais²¹⁷.

Nesse passo, importante reconhecer que, no direito estadunidense, por ter menor relevância a edição de normas gerais e abstratas, os precedentes da Suprema Corte alcançam particular importância como balizas regentes dos limites jurídicos à intervenção policial coercitiva e restritiva de direitos. No direito brasileiro, os julgados das instâncias superiores – sobretudo do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores – possuem efeitos vinculantes ou força expansiva²¹⁸ em casos determinados, em função de alterações legislativas recentes, e ainda assim convivem com uma proliferação de normas e codificações escritas, de menor relevância no direito anglossaxão.

Feitas tais observações, cumpre notar que, neste trabalho, recorre-se à comparação com o direito estadunidense, sobretudo, como um *método de estranhamento* em relação ao padrão geral de descontrole jurídico da busca pessoal no Brasil. Não se propõe, cabe frisar, a mera transposição de soluções e institutos para o direito brasileiro – até mesmo em virtude da diferença entre os sistemas jurídicos adotados. Ademais, necessário esclarecer que não se trata de questão incontroversa ou de problema superado no direito estadunidense. O abuso e a arbitrariedade na prática da *stop and frisk* são suscitados e questionados, inclusive perante o Poder Judiciário, sobretudo em função da proliferação de *stops and frisk* reputadas discriminatórias, decorrentes do uso da filtragem racial (*racial profiling*)²¹⁹, o que demonstra

²¹⁷ Para Ramos (2006), o *civil law* tem avançado muito mais sobre o *common law* do que o contrário, por meio da disseminação da lei como método de criação jurídica. No entanto, também os sistemas de *civil law* recebem influências vindas do *common law*. Assim, sobretudo após o advento da Lei n. 13.105/15, que revogou o Código de Processo Civil de 1973 e instituiu novo sistema processual civil, inúmeros institutos do *common law* foram incorporados ao direito processual brasileiro. Antes disso, a previsão das súmulas vinculantes, a criação dos recursos especiais representativos de controvérsia, entre outras reformas legais, já permitiam falar em uma influência progressiva do sistema de *common law* na ordem jurídica brasileira, de matriz romano-germânica.

²¹⁸ Cf. voto proferido pelo Min. Teori Zavascki do STF no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC.

²¹⁹ Neste capítulo, a tradução de obras científicas e precedentes judiciais será feita de modo livre. Em relação às citações de precedentes da Suprema Corte estadunidense, dado seu alto número, opta-se por não incluir a versão original em nota de rodapé, a fim de não prejudicar a leitura por excesso de traduções. Todas as decisões citadas estão disponíveis em repositórios digitais, v.g. <https://supreme.justia.com>. Por outro lado, palavras de difícil tradução, que representem conceito peculiar ou expressão idiomática serão mantidos no texto, acompanhados do termo traduzido para a língua portuguesa – tal como feito acima com a expressão “racial profiling”, cuja tradução para “filtragem racial” não é ideal – com eventual nota de rodapé explicativa, conforme o caso.

que também lá há árduo caminho a trilhar a fim de compatibilizar essa prática policial com as disposições constitucionais pertinentes.

4.2.1. A Quarta Emenda à Constituição dos EUA

A Quarta Emenda à Constituição dos EUA garante a proteção do indivíduo em face de buscas²²⁰, detenções e apreensões²²¹ (*searches and seizures*) desarrazoadas, e determina, em síntese, que buscas e apreensões realizadas em face do indivíduo, tanto sobre sua pessoa (corpo), como sobre seu patrimônio (propriedade móvel e imóvel), requerem mandado prévio, fundado em causa provável (*probable cause*)²²².

No que toca à exigência de mandado e causa provável, pode-se sintetizar introdutoriamente que o mandado deve ser expedido por autoridade independente e imparcial²²³ e a causa provável está configurada quando os fatos conhecidos são por si sós suficientes para garantir a um indivíduo de razoável cautela que um crime está sendo cometido²²⁴.

A interpretação conferida à Quarta Emenda foi, contudo, objeto de mudanças significativas conforme as mudanças sociais, políticas, econômicas e mesmo tecnológicas vivenciadas nos EUA desde a sua ratificação, as quais acabam refletidas em tendências ora de enrijecimento, ora de flexibilização dos requisitos de validade da abordagem policial. Por isso, as principais ideias e argumentos centrais desse debate indicam importantes questões a serem

²²⁰ Em relação ao conceito de busca (*search*) no direito estadunidense, Ramos (2006, p. 131) esclarece: “A busca pode ser conceituada como uma atividade de pesquisa, desenvolvida por uma autoridade pública, orientada a um objetivo processual. Engloba todas as possibilidades de pesquisa para a descoberta de provas, como a interceptação telefônica, a quebra de sigilo, a busca domiciliar, a busca em automóveis, a revista pessoal, a infiltração de agentes secretos em organizações criminosas etc”.

²²¹ O termo “seizure” costuma ser traduzido, para língua portuguesa, como “apreensão”. Não obstante, no vocabulário jurídico pátrio, costuma-se utilizar o termo “apreensão” para designar a retenção de objetos (bens móveis), e mais raramente para designar atos restritivos da liberdade de pessoas. No direito estadunidense, contudo, o termo “seizure” abarca ambos. Por isso, na tradução do termo “seizure”, opta-se pelo uso da palavra “detenção” para designar atos restritivos da liberdade de pessoas. Utiliza-se o termo prisão, por sua vez, com um sentido mais restrito, como tradução de “arrest”. E reserva-se o termo apreensão para a retenção de coisas.

²²² Esse entendimento, cristalizado na Constituição dos EUA pela aprovação da Quarta Emenda, integrante da Bill of Rights, já havia sido prestigiado tanto na Maryland Declaration of Rights (1776), em seu art. XXIII, quanto na The Virginia Declaration of Rights (1776), que proibiam de modo enfático a prática de concessão de mandados judiciais de busca e apreensão de caráter genérico e desprovidos de causa provável. No mesmo sentido: North Carolina Declaration of Rights (1776), art. XI; Pennsylvania Constitution (1776), art. X; Massachusetts Constitution (1780), pt. I, art. XIV.

²²³ Johnson v. United States 333 U.S. 10 (1948); Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971)

²²⁴ Trata-se da definição elaborada pela Suprema Corte no caso Brinegar v. United States 338 U.S. 160 (1948): “Existe causa provável se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial, ou dos quais ele possui informação verossímil e confiável, são suficientes por si só para garantir um homem de razoável cautela a crer que um crime está sendo cometido” (tradução livre). Similar definição foi apresentada nos seguintes precedentes: Beck v. Ohio, 379 U.S. 89 (1964); Rios v. United States, 346 U.S. 253 (1960); Henry v. United States, 361 U.S. 98, 1959. Sobre o tema, confira-se também *Stacey v. Emery*, 97 U. S. 642 (1878).

suscitadas em relação à busca pessoal, que podem ser aproveitadas nas reflexões a serem feitas no contexto brasileiro.

4.2.2. *Esfera de proteção e requisitos da Quarta Emenda*

A fim de situar o atual estágio de interpretação da Quarta Emenda, é pertinente traçar um panorama de alguns dos principais precedentes da Suprema Corte a respeito dessa previsão constitucional, entre os quais se destacam precedentes relativos à extensão do direito tutelado e aos requisitos do mandado e da causa provável.

Quanto à extensão do direito tutelado pela Quarta Emenda, o entendimento da Suprema Corte, consolidado desde 1967, é o de que esse dispositivo protege a “razoável expectativa de privacidade” (*reasonable expectation of privacy*) do indivíduo²²⁵. Nesse passo, ressalta-se que a Quarta Emenda protege pessoas e não lugares (“*protects people not places*”)²²⁶ e que a proteção à privacidade não se restringe à proteção à propriedade e supera-se a noção de que o dispositivo se limita a evitar intrusão física no espaço privado (*trespass doctrine*)²²⁷.

Para a Suprema Corte, então, o propósito básico da Quarta Emenda, mediante a proibição de buscas e apreensões desarrazoadas, é o de salvaguardar a privacidade e a segurança dos indivíduos em face de invasões arbitrárias por agentes estatais. Nesse passo, o indivíduo possui um interesse constitucionalmente protegido de só ter a sua privacidade violada por uma autoridade estatal em circunstâncias limitadas e determinadas, ainda que a intervenção estatal não configure uma intrusão hostil²²⁸.

²²⁵ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Inúmeros precedentes posteriores seguiram essa diretriz geral para aferir a análise da violação da Quarta Emenda por intervenções policiais em casos concretos. No caso *California v. Greenwood* 486 U.S. 35 (1988), decidiu-se que não há expectativa de privacidade sobre o lixo deixado em via pública. Em *Florida v. Riley* 488 U.S. 445 (1989), decidiu-se que avistar entorpecentes em voo feito em altura em que há voos rotineiros não viola expectativa de privacidade. Em *Kyllo v. United States* 533 U.S. 27 (2001), decidiu-se que o uso de dispositivo térmico detector de radiação vermelha, capaz de visualizar a movimentação dos moradores de uma casa, viola a expectativa de privacidade. No julgamento de *Riley v. California* 573 U.S. ___ (2014), a Corte reconheceu que, embora a expectativa de privacidade de um indivíduo seja reduzida após a sua prisão (*arrest*), não chega a permitir que os policiais possam acessar os dados em seu celular (*smartphone*), sendo necessária para tanto a obtenção de mandado.

²²⁶ *Katz v. United States*, 389 U. S. 351 (1967).

²²⁷ Em *Katz* (1967), foi superado (*overruled*) o precedente *Ornellas v. United States* 277 U.S. 438 (1928), no qual se fixou a “*trespass doctrine*” (doutrina da transgressão). Neste caso, a Corte, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), julgou válida a colocação de escutas em telefones privados sem mandado prévio, uma vez não havia ocorrido violação ao espaço privado físico, ou seja, ao domicílio. Entendeu-se que palavras são intangíveis e insuscetíveis de apreensão (*seizure*), razão pela qual a Quarta Emenda não as protegeria.

²²⁸ *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967)

Paralelamente à delimitação da extensão do direito protegido pela Quarta Emenda, a Suprema Corte tem analisado a exigibilidade dos requisitos de prévia expedição de mandado e de embasamento em causa provável.

Quanto ao mandado, entende a Suprema Corte que, “ausente alguma emergência grave, a Quarta Emenda interpõe um magistrado entre os cidadãos e os policiais”, o qual tem a incumbência de realizar um exame objetivo da necessidade da violação da privacidade orientada à aplicação coercitiva da lei (*law enforcement*). Para a Corte, tal exigência mostra que “o direito à privacidade foi considerado muito precioso para ser confiado à discricionariedade daqueles cujo trabalho é a detecção do crime e a prisão de criminosos. O poder é algo inebriante, e a história demonstra que não se pode confiar na polícia agindo por si só”²²⁹.

Há, contudo, para a Corte, algumas situações excepcionais em que a prévia obtenção de mandado é dispensável. Uma primeira exceção decorre das situações de urgência: o mandado é dispensável se a intervenção policial é exigida sob circunstâncias prementes (*exigent circumstances*), que não comportam a espera pela prévia obtenção do mandado²³⁰. Nesse sentido, ainda em 1925, o julgamento do caso *Carroll v. United States*²³¹ levou a Corte a permitir que buscas urgentes fossem feitas sem mandado, contanto que o policial estivesse convencido da configuração de causa provável (tais como as abordagens feitas a motoristas, no trânsito – *automobile exception*). A exceção também se aplica aos casos de perseguição imediata (*hot pursuit*)²³² e urgência decorrente de perigo à integridade física²³³ (*emergency aid*) ou de risco de fuga ou destruição de provas²³⁴.

A busca também pode dispensar mandado prévio se houver o consentimento do morador da casa²³⁵ ou do indivíduo revistado. No entanto, tal consentimento deve ser livre e voluntário (e o ônus da prova é da acusação)²³⁶. Outra exceção à exigência do mandado é a

²²⁹ *McDonalds v. United States*, 335 U.S. 455-456 (1948), tradução livre.

²³⁰ “Mandados são geralmente exigidos para revistar a casa de uma pessoa ou uma pessoa, a menos que a ‘urgência da situação’ torne os imperativos do *law enforcement* tão prementes que a busca sem mandado seja objetivamente razoável sob a Quarta Emenda” *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 393-394 (1978) (tradução livre). *McDonald v. United States*, 335 US 451 (1948); *Johnson v. United States*, 333 US 10 (1948)

²³¹ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925)

²³² *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967); *United States v. Santana*, 427 U. S. 38 (1976)

²³³ *Brigham City v. Stuart* 547 U.S. 398 (2006); *Michigan v. Fisher* 558 US 45 (2009)

²³⁴ *Ker v. California*, 374 U. S. 23 (1963); *Schmerber v. California*, 384 U. S. 757 (1966)

²³⁵ O consentimento de um morador para a entrada na casa não é suficiente para dispensar o mandado, se outro morador se recusa expressamente a permitir a entrada. *Georgia v. Randolph* 547 U.S. 103 (2006)

²³⁶ *Schneekloth v. Bustamonte* 412 U.S. 218 (1973)

plain view exception (“exceção da visão aberta”): se provas de um crime estiverem imediatamente visíveis aos policiais, a sua apreensão não exige prévio mandado²³⁷.

Por outro lado, quanto à causa provável, trata-se de uma suspeita objetiva e individualizada, que confere ao cidadão o poder de controlar o cabimento da intervenção estatal: se a conduta do suspeito não é suficiente para constituir causa provável, então o Estado não possui o poder de proceder a uma busca (*search*) ou a uma detenção (*seizure*) (SUNDBY, 2004, p. 510). Daí ser a causa provável compreendida como uma garantia contra o abuso de autoridade, seja esta policial ou judicial.

Quanto ao ponto, também no julgamento do caso Carroll (1925)²³⁸, a Corte procedeu a uma tentativa de objetivação do conceito. Fixou que há causa provável se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial no momento da decisão de intervenção são suficientes para garantir a um “homem de razoável prudência e cautela” que um delito foi ou está sendo cometido²³⁹. É associada, de modo geral, a uma “probabilidade considerável, uma possibilidade substancial, ou mesmo uma chance substancial” (GRANO, 1997, p. 8).

Os critérios para aferir a legalidade da intervenção policial, pois, referem-se não aos concretos elementos de prova obtidos pelo agente após a busca/detenção, mas sim aos fatos e circunstâncias que ensejaram a busca/detenção²⁴⁰. Com isso, a Quarta Emenda protege concomitantemente o policial e o cidadão: a busca fundamentada em causa provável, ainda que feita em um indivíduo inocente, não renderá ao policial qualquer sanção; por outro lado, ausente o requisito da causa provável, a busca será inválida, ainda que tenha por resultado a apreensão de prova incriminadora em face do revistado.

Nesse passo, ausente causa provável, considera-se ilícita a busca calcada em mera intuição (hipótese em que se manifestam as convicções íntimas da autoridade policial, cedendo

²³⁷ Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Arizona v. Hicks, 480 U.S. 321 (1987). Neste último caso, um policial, durante uma busca domiciliar em virtude de um disparo de arma de fogo, observou um aparelho de som estéreo sobre uma mesa e suspeitou, por este ser novo e moderno, que fosse objeto de furto. Apreendeu alguns componentes do aparelho e, por uma pesquisa a partir de seu número de série, confirmou sua suspeita. Contudo, observou-se que não havia uma prova diretamente visível da prática de infração penal, ao passo que a existência de suspeita razoável, e não de causa provável, do furto do aparelho de som, conduziu à invalidação da busca e apreensão, nos termos do voto do Justice Antonin Scalia. A Corte observou que a realização de uma busca (*search*) com base em “suspeita razoável”, e não em “causa provável”, demanda a configuração de “necessidades operacionais especiais”. No caso, não havia nenhuma necessidade operacional particular que tornasse a busca fundada em suspeita razoável o único meio prático de reprimir o crime em tela (furto). Como será abordado a seguir, a “suspeita razoável” é o grau de convencimento exigido para a prática de uma “frisk” (revista protetiva nas vestes exteriores do indivíduo voltada à descoberta de armas), distinta da “search” (busca investigativa).

²³⁸ Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925)

²³⁹ Confira-se também *Stacey v. Emery*, 97 U. S. 642

²⁴⁰ *Henry v. United States*, 361 U. S. 98 (1959); *Johnson v. United States*, 333 U. S. 10, 16-17 (1948)

espaço a crenças discriminatórias vedadas pela Constituição)²⁴¹. Assim, ressaltou-se no caso *United States v. Di Re* (1948)²⁴² que a crescente dificuldade do combate ao crime não é justificativa para a inobservância do comando constitucional que impede a prática de buscas com esteio em uma suspeita do agente.

Nessa mesma linha, em *Henry v. United States*²⁴³, poucos anos mais tarde (1959), a Suprema Corte reconheceu que a exigência de causa provável visa a coibir a “prática opressiva de autorizar o agente policial a deter e revistar baseado em suspeita”²⁴⁴. Registra-se nessa decisão que rumores comuns, relatos ou mesmo “fortes razões para suspeitar”, são tidos como insuficientes para dar suporte a um mandado de prisão ou de busca e apreensão, orientação essa que se firmou anteriormente à aprovação da Quarta Emenda²⁴⁵. Conclui-se, então, que a suspeita não é suficiente para que um policial invada a esfera privada do cidadão, de modo que se pode extrair da Quarta Emenda que é preferível que um culpado não seja apenado a que cidadãos estejam sujeitos a prisões desarrazoadas²⁴⁶.

4.2.3. *A inadmissibilidade das provas ilícitas: a aplicação da exclusionary rule*

Uma das mais controversas questões analisadas pela Suprema Corte na seara do direito processual penal se refere às consequências da violação da Quarta Emenda por policiais nos casos em que o ato inconstitucional permite a obtenção de provas.

A esse respeito, ainda em 1914, no caso *Weeks v. United States*²⁴⁷, a Suprema Corte assentou a regra da exclusão da prova ilícita (*exclusionary rule*)²⁴⁸, segundo a qual a constatação de infringência às garantias constitucionais deve implicar o desentranhamento das provas

²⁴¹ Essa fundamentação foi manifestada também nos seguintes casos:; *Rios v. United States*, 346 U.S. 253 (1960); *Henry v. United States*, 361 U.S. 98, 1959; *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964): “Não é necessária prova para afirmar a culpa do indivíduo investigado. Por outro lado, a boa-fé no comportamento do policial que efetua a prisão não é o suficiente. A causa provável existe se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial garantem a um homem prudente a constatação de que um delito foi ou está sendo cometido” (379 U.S. 97, tradução livre).

²⁴² *United States v. Di Re*, 332 U.S. 581 (1948). Nesse caso, ressaltou-se que o mero comportamento passivo do suspeito em face de sua detenção, sem que argua sua inocência, não constitui provável causa para a sua prisão, uma vez que não indica qualquer elemento fático causalmente relacionado ao efetivo cometimento de crime.

²⁴³ *Henry v. United States* 361 U.S. 98 (1959)

²⁴⁴ *Henry v. United States* 361 U.S. 100 (1959), tradução livre.

²⁴⁵ Cf. *Frisbie v. Butler*, Kirby's Rep. (Conn.) 1785-1788, p. 213; *Conner v. Commonwealth*, 3 Bin.(Pa.) 38, 43; *Grumon v. Raymond*, 1 Conn. 40; *Commonwealth v. Dana*, 2 Metc.(Mass.) 329.

²⁴⁶ *Henry v. United States* 361 U.S. 104 (1959). Orientação flexibilizada em *Terry v. Ohio*. Tema tratado a seguir.

²⁴⁷ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)

²⁴⁸ São também elucidativos quanto à *exclusionary rule*: *Byars v. United States*, 273 U.S. 28 (1927); *Gould v. United States*, 255 U. S. 298, 255 U. S. 306; *Amos v. United States*, 255 U. S. 313; *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385, 251 U. S. 391; *Agnello v. United States*, 269 U. S. 20, 269 U. S. 33. A regra está expressa na CF/88, que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LIV).

obtidas por meios ilícitos dos autos do processo penal²⁴⁹. Desde então, a efetividade à Quarta Emenda tem sido atribuída sobretudo à *exclusionary rule* (WILLIAMSON, 1982).

Nesse julgamento, reforçou-se entendimento que já havia sido fixado anos antes em *Boyd v. United States* (1886)²⁵⁰ e reconheceu-se que, se elementos obtidos em buscas contrárias à Quarta Emenda pudessem ser utilizados como provas do crime, esse dispositivo constitucional perderia sua força normativa. Assim, afirmou-se que a efetividade da Quarta Emenda exige o controle judicial, e que, conquanto os esforços de investigação e punição criminal fossem louváveis, não deveriam ser realizados mediante sacrifício de direitos individuais.

Contudo, tal entendimento se aplicou, inicialmente, apenas aos casos submetidos às cortes federais, relativos à persecução penal promovida pelos órgãos federais, pois a Quarta Emenda, integrante da *Bill of Rights*, somente regeria a relação entre os órgãos federais e os cidadãos, mas não a relação entre os órgãos estaduais e os cidadãos²⁵¹.

Assim, em 1949, em *Wolf v. Colorado*, a Corte reconheceu que, no caso concreto, provas haviam sido obtidas pela polícia estadual por meios ilícitos, em ofensa à Quarta Emenda. A violação à Quarta Emenda, por sua vez, implicaria violação à cláusula do devido processo legal, esta sim regente da relação entre os cidadãos e os Estados, nos termos da Décima Quarta Emenda²⁵². Porém, a Corte não determinou a exclusão das provas do processo, por entender

²⁴⁹ Nesse precedente, portanto, entendeu-se haver uma relação recíproca entre a afirmação do direito individual garantido pela Quarta Emenda e as consequências concretas de sua validade jurídica. Ao se afirmar que a não aplicação da *exclusionary rule* resultaria na insubsistência do próprio direito garantido pela Constituição, definiu-se o conteúdo desse direito ao mesmo tempo em que se definiu a consequência de sua violação, admitindo-se a interdependência entre *rights* (direitos) e *remedies* (remédios/medidas). Como esclarece Daryl Levinson (1999), frequentemente a própria definição do conteúdo de um direito incorpora uma medida voltada a garanti-lo, comumente de caráter profilático/preventivo, o que implica que, no extremo, se nenhuma medida é concebida para garantir o direito, então este é tido como inexistente.

²⁵⁰ *Boyd v. United States*, 116 US (1886). Nesse caso, a Corte decidiu pela imprestabilidade das provas obtidas com ofensa à Constituição. Analisou-se situação em que um mandado de exibição de documentos em face do suspeito fora obtido com base em informações falsas. O suspeito foi então obrigado a apresentar documentos incriminadores. A Corte reconheceu que o mandado contrariou a Quinta Emenda, que protege o direito à não auto-incriminação (*privilege against compelled self-incrimination*), anulou a sentença e determinou novo julgamento.

²⁵¹ A Corte em 1928, no caso *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438, 1928), esposou tal interpretação restritiva do precedente *Weeks* (*restrictive distinguishing*). Aduziu-se que, em regra, no sistema da *common law*, a ilegalidade do meio pelo qual a prova foi obtida não interfere na sua admissibilidade, de modo que a Quarta e a Quinta Emendas configurariam exceções a essa orientação, aplicáveis apenas às cortes federais.

²⁵² Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “Seção 1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou apoiará qualquer lei que prejudicar os privilégios ou imunidades dos cidadãos estadunidenses; nenhum Estado, tampouco, privará qualquer pessoa da vida, da liberdade, ou da propriedade, sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa sob sua jurisdição a proteção igualitária das leis” (tradução livre). A Suprema Corte entende, a partir da teoria da incorporação seletiva, que são elementos do devido processo legal os direitos e garantias “implícitos no conceito de liberdade ordenada”, cuja abolição equivaleria a uma violação a “um princípio de justiça tão enraizado nas tradições e na consciência do nosso povo que é classificado como fundamental” (*Palko v. Connecticut* 302 U.S. 325 (1937)). “[A] garantia da privacidade individual em face da intrusão arbitrária por parte da polícia – a qual constitui o cerne da Quarta Emenda – é básica a uma sociedade

que esta não é um consectário necessário do devido processo legal e que, ao revés, é possível coibir a produção ilícita de provas por outros meios, como, por exemplo, a partir de maior rigor disciplinar e transparência do trabalho policial²⁵³. Entendeu-se que cada Estado possui discricionariedade para determinar a consequência da violação ao devido processo²⁵⁴.

Com esteio nessa orientação, a Suprema Corte afirmou que a exclusão da prova ilícita não é uma consequência imediata da constatação da ilicitude da busca. Para a Corte, a sanção da exclusão da prova ilícita não surtiria efeito no caso de buscas ilegais que não dessem ensejo a processos penais. Por outro lado, no caso de processo instaurado com base na busca ilegal, acabaria acarretando a absolvição de um culpado e prejudicaria o “combate à criminalidade”. Assim, por força do princípio federativo, os Estados teriam discricionariedade para escolher a melhor opção no trato das ilegalidades policiais.

Essa orientação, contudo, pereceu em 1961, no julgamento do caso *Mapp v. Ohio*²⁵⁵, quando a Corte determinou que a infringência da Quarta Emenda deveria implicar, necessariamente – nos casos julgados tanto pelas cortes federais, quanto pelas cortes estaduais –, a exclusão das provas ilícitas do processo (*exclusionary rule*), por força da *due process clause* prevista na Décima Quarta Emenda.

Reconheceu-se, em primeiro lugar, que a não aplicação da *exclusionary rule* aos casos estaduais tornaria a Quarta Emenda uma promessa vazia, ao passo que a proteção a essa garantia constitucional é indispensável a um sistema de liberdade ordenada (*ordered liberty*) e, portanto, um consectário do devido processo legal exigido pela Décima Quarta Emenda. Em segundo lugar, ressaltou-se que a *exclusionary rule* decorre também do imperativo de integridade do sistema jurídico: uma ilicitude reconhecida na esfera administrativa ou civil em virtude de violação à Constituição não pode ser ignorada no processo penal. No ponto, salienta-se que nada pode destruir um governo tão rápido quanto a não observância, por ele próprio, de suas leis, que redundam em um atropelo ao próprio fundamento de sua existência²⁵⁶. Por fim,

livre. Está, portanto, implícita no “conceito de liberdade ordenada” e, como tal, é imponível em face dos Estados por meio da cláusula do devido processo” *Wolf v. Colorado* 338 U.S. 28(1949). Cf. ISRAEL *et al.*, 2012.

²⁵³ *Wolf v. Colorado* (338 U.S. 25, 1949). A Suprema Corte, no caso, arguiu: “Nós sustentamos, portanto, que em uma acusação feita perante uma Corte estadual, em virtude de um crime estadual, a Quarta Emenda não proíbe a admissão de provas obtidas por uma busca e apreensão desarrazoada” (tradução livre).

²⁵⁴ Cf. também *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954), em que se reiterou esse entendimento.

²⁵⁵ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)

²⁵⁶ Lembra-se, no ponto, trecho do voto vencido do *Justice Louis Brandeis* no caso *Olmstead v. United States* 277 US 485 (1928): “O decoro, a segurança e a liberdade demandam, igualmente, que as autoridades estatais sejam submetidas às mesmas normas de conduta que são dirigidas aos cidadãos. Em um governo de leis, a existência do governo estará sob risco se este deixar de observar a lei escrupulosamente. O nosso Governo é o poderoso, o onipresente mestre. Bem ou mal, ele orienta todo o povo pelo seu exemplo. O crime é contagioso. Se o Governo se torna um infrator da lei, ele convida à arnaquia. Declarar que, na administração da justiça criminal, os fins

destacou-se que a *exclusionary rule* apresenta significativo efeito dissuasório (*deterrence*) em relação à prática de ilegalidades pelos policiais.

Esse precedente, contudo, foi alvo de duras críticas, pois se entendia que prejudicaria a repressão criminal, já que a exclusão das provas ilícitas poderia ensejar a absolvição de culpados. O debate disseminou-se para além do ambiente jurídico: o sistema criminal e a Suprema Corte foram temas constantes nos debates que precederam as eleições presidenciais de 1968, em que se elegeu o republicano Richard Nixon. Nesse contexto, a repercussão do precedente Mapp foi tão intensa que nas ruas apareceram cartazes pedindo o *impeachment* do então *Chief Justice* Earl Warren²⁵⁷ (KATZ, 2004).

Assim, cerca de sete anos depois, sobreveio o mencionado precedente Terry v. Ohio²⁵⁸. Neste, a exigência de causa provável e de mandado prévio para a prática de uma busca ou de uma detenção foi abrandada. Nessa oportunidade, a Suprema Corte definiu requisitos menos rígidos para um tipo específico de abordagem policial, a “*stop and frisk*” (retenção e revista), a qual constituiria uma detenção (*seizure*) seguida de uma busca (*search*), porém de caráter menos gravoso e menos invasivo. O caso Terry é interpretado como uma reação da Corte à péssima recepção social do precedente Mapp, uma vez que os requisitos mais brandos fixados para a validade da *stop and frisk* dificultariam o reconhecimento de sua ilicitude e, por conseguinte, também dificultariam a exclusão das provas obtidas a partir da abordagem, amenizando o impacto do precedente fixado no caso Mapp (SCHWARTZ, A., 1995)²⁵⁹. Assim, o precedente Terry foi também ele próprio objeto de intensa repercussão social e, desde então, as *stops and frisks* são um objeto recorrente no estudo do processo penal estadunidense.

4.2.4. O caso Terry v. Ohio (1968)

justificam os meios – declarar que o Governo pode cometer crimes com o objetivo de assegurar a punição de um determinado criminoso – atrairia um terrível castigo. Contra essa doutrina perniciosa esta Corte deve resolutamente contrapor-se.” (tradução livre)

²⁵⁷ Earl Warren ocupou o cargo de *Chief Justice* entre os anos de 1953-1969 e até hoje é lembrado pelos precedentes de orientação liberal proferidos pela Suprema Corte sob a sua presidência, entre os quais se destacam os casos Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S. 483 (1954) e Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966). Em abordagem mais ampla, Lawrence Baum (1987) nota que entre as décadas de sessenta e oitenta (1961-1980), foram proferidas pela Suprema Corte estadunidense, durante as Cortes Warren (1953-1969) e Burger (1969-1986), 75 decisões de *overruling*, ou seja, em que precedentes anteriores foram superados. Por outro lado, nota Baum que, durante a Corte Burger, foram proferidas inúmeras decisões de *distinguishing* que esposaram interpretação restritiva de precedentes da Corte Warren (*restrictive distinguishing*), em especial referentes aos direitos de acusados em casos criminais.

²⁵⁸ Terry v. Ohio, 392 U.S. 30-31 (1968)

²⁵⁹ Por outro lado, conforme registra Adina Schwartz (1995), o caso Terry foi apreciado em um período em que doutrina da “lei e ordem”, o crescente medo da criminalidade, a discriminação racial e os protestos do movimento negro em prol de direitos civis circundavam os debates da campanha presidencial.

A Quarta Emenda à Constituição estadunidense protege o direito das pessoas de estarem seguras contra buscas e detenções (*searches and seizures*) desarrazoadas e, assim, limita as circunstâncias em que a polícia pode restringir a liberdade ambulatorial de um indivíduo antes da prolação de sentença condenatória. Essa garantia constitucional limita não apenas a restrição de liberdade operada sob a forma tradicional da “prisão” (*arrest*), mas também sob a forma de uma detenção temporária para propósitos de investigação ou interrogatório (WILLIAMSON, 1982). Assim, para definir o escopo de aplicabilidade da Quarta Emenda, é necessário especificar quais tipos de intervenção policial constituem uma detenção (*seizure*) e uma busca (*search*) e, a partir daí, definir as circunstâncias em que uma detenção e uma busca são permitidas.

No caso *Terry v. Ohio*, a Suprema Corte, pela primeira vez, utilizou o termo “*stop*” – aqui traduzido como “retenção” – para definir uma abordagem policial coercitiva, por meio da qual a liberdade ambulatorial é restringida temporariamente para fins de investigação no próprio local. Ademais, utilizou-se o termo “*frisk*” – aqui traduzido como “revista” – para definir a inspeção das vestes de um indivíduo com o estrito objetivo de encontrar armas com as quais a integridade física do policial ou de terceiros pudesse ser vulnerada.

Uma vez definidas uma “*stop*” e uma “*frisk*”, firmou-se na sequência que tais atos constituem, respectivamente, espécies de “detenção” (*seizure*) e de busca (*search*), nos termos da Quarta Emenda²⁶⁰. Contudo, tendo em vista o baixo nível de invasividade, estabeleceu-se que a *stop* e a *frisk* – não raro praticadas de modo consecutivo em um mesmo contexto, daí a expressão “*stop and frisk*” – não exigem mandado e não se condicionam à existência de causa provável, mas sim à existência de suspeita razoável de prática criminosa pelo indivíduo (no caso da *stop*) e de suspeita razoável de posse de armas pelo indivíduo (no caso da *frisk*), com base no parâmetro geral de razoabilidade constante da Quarta Emenda.

Quanto aos conceitos de suspeita razoável e causa provável, Craig Hemmens e Rolando del Carmen assinalam:

Em uma oportunidade, contudo, a Corte afirmou que “suspeita razoável é um parâmetro menos rigoroso que a causa provável não só no sentido de que a suspeita razoável pode ser estabelecida com informação que é diferente em quantidade ou incontestabilidade do que aquela requerida para estabelecer causa provável, mas também no sentido de que a suspeita razoável pode advir de informações que sejam menos confiáveis do que aquelas requeridas para demonstrar causa provável (*Alabama v. White*, 496 U.S. 325 [1990]). A despeito desse parâmetro menos rigoroso, a suspeita razoável deve estar fundada em fatos específicos e objetivos e em conclusões lógicas embasadas na experiência do policial. Ela não pode ser baseada na

²⁶⁰ Assim, as demais detenções (*seizures*) que impliquem grau de intrusão na liberdade superior àquele causado por uma *stop* são caracterizadas como uma prisão (*arrest*) (WILLIAMSON, 1982, p. 776-777)²⁶⁰.

mera intuição (que possui 0 por cento de certeza) ou suspeita (que pode ter 10 por cento de certeza). A suspeita razoável está inserida entre a suspeita e a causa provável na hierarquia de certeza exigida para a polícia atuar legalmente. (HEMMENS; CARMEN, 2010, p. 66, tradução livre)

O caso concreto analisado em *Terry v. Ohio*, de acordo com o relatório dos fatos elaborado pelo *Chief Justice* Earl Warren, era relativo aos seguintes fatos: um agente policial à paisana (McFadden) observou que, em uma rua pública, dois indivíduos (Terry e Chilton) percorriam um idêntico trajeto, indo, voltando e fazendo pausas esporádicas para observar a janela de uma loja²⁶¹. Os dois conversavam no fim de cada “ciclo”, e, em um deles, encontraram-se com um terceiro indivíduo (Katz), que conversou algo com a dupla e logo saiu sorrateiramente. Nesse contexto, McFadden suspeitou (embora sem elementos suficientes para constituir causa provável) que um assalto à mão armada poderia ocorrer em breve.

Quando os três já deixavam a rua, dirigindo-se a local incerto, McFadden aproximou-se deles, identificou-se como policial e perguntou-lhes os seus nomes. Um dos suspeitos, Terry, murmurou algo inaudível em resposta ao policial, o que motivou este a agarrá-lo e a proceder a uma revista no exterior de suas vestimentas. Sentindo uma arma no bolso do casaco de Terry, ele ordenou aos suspeitos que entrassem em uma loja próxima e levantassem as suas mãos, colocando-se contra a parede. O policial então removeu a pistola de Terry e revistou o exterior das vestes dos outros dois suspeitos. Sentindo uma arma no casaco de um deles (Chilton), apreendeu a pistola, e liberou o terceiro suspeito (Katz), que aparentemente não portava arma.

Fixadas tais balizas fáticas, a questão analisada pela Suprema Corte no caso *Terry v. Ohio* era relativa à validade da atuação do policial McFadden, que havia retido e revistado Terry, sem mandado prévio. Assim, em primeiro lugar, a Corte reconheceu que, ao reter e revistar Terry, o policial McFadden praticou uma detenção (*seizure*) e uma busca (*search*), nos termos da Quarta Emenda. Reconheceu, ademais, que McFadden agiu sem causa provável, vale dizer, sem ter em sua esfera de conhecimento fatos e circunstâncias suficientes para fazer crer, com razoável probabilidade (*fair probability*), que um crime estava sendo cometido.

Não obstante, a despeito da ausência de mandado e de fundamento em causa provável, a Suprema Corte concluiu pela validade da intervenção do policial McFadden. Para tanto,

²⁶¹ Conforme se esclarecerá mais adiante, tais fatos são controversos ao se comparar os relatos do policial McFadden em momentos distintos, que ele apresenta uma memória vacilante quanto ao número de vezes que os suspeitos percorreram o trajeto e quanto à loja que observavam - inicialmente, alude a um escritório de venda de passagens aéreas e, posteriormente, a uma joalheria (Cf. KATZ, 2004; SALEEM, 1997; AMAR, 2005). A despeito da relevância de tais imprecisões, não nos deteremos a elas nesta apresentação introdutória do julgamento. Por ora, opta-se por apresentar os fatos tais como reconhecidos no relatório fático da Corte, a fim de apresentar de modo claro as diretrizes jurídicas fixadas no precedente.

observou que este teria praticado um tipo de abordagem policial – uma *stop and frisk* – para a qual o mandado prévio e a causa provável não seriam exigíveis²⁶².

A Corte ressaltou, de início, que a Quarta Emenda proíbe detenções e buscas desarrazoadas (*unreasonable searches and seizures*) e se aplica à prática policial de reter e revistar indivíduos (*stop and frisk*), pois esta envolve tanto uma detenção (*seizure*) quanto uma busca (*search*). O elemento diferencial, contudo, é que a retenção (*stop*) seria um tipo de detenção (*seizure*) de duração breve, ao passo que a revista (*frisk*) seria um tipo de busca (*search*) de extensão superficial²⁶³. Por isso, para reter e revistar um indivíduo, rápida e superficialmente, não seriam exigíveis mandado e causa provável, mas apenas requisitos menos rígidos vinculados ao parâmetro geral de razoabilidade constante da Quarta Emenda.

Assentadas tais premissas, a Corte decidiu que, para que um policial efetue uma retenção (*stop*) de um indivíduo – ou seja, para que o aborde coercitivamente e o impeça de exercer sua liberdade ambulatorial –, o policial deve apresentar elementos objetivos que configurem suspeita razoável de que uma atividade criminosa está em andamento²⁶⁴. A retenção, portanto, tem natureza investigativa (*investigative stop*). A revista (*frisk*), por sua vez, depende de elementos que indiquem que o suspeito está armado e é perigoso para o policial ou terceiros, razão pela qual sua extensão deve se limitar aos atos estritamente necessários para descobrir armas. A revista, portanto, tem natureza protetiva (*protective frisk*).

A Corte concluiu, então, quanto ao caso concreto em apreço:

[...] [U]m policial pode, em circunstâncias apropriadas e de uma maneira apropriada, abordar uma pessoa a fim de investigar possível conduta criminosa, ainda que não haja causa provável para efetuar uma prisão. Foi esta legítima função investigativa que o policial McFadden desempenhava quando ele decidiu abordar o peticionante (Terry) e seus companheiros. [...].

No momento em que efetuou a revista do peticionante em busca de armas, o oficial McFadden possuía motivos razoáveis para crer que ele estava armado e era perigoso e que era necessária para a sua proteção e para a de outros a sua rápida intervenção, a

²⁶² Durante a década de setenta, a maioria das cortes federais estadunidenses limitou o espectro de aplicabilidade das breves detenções desprovidas de causa provável. Assim, o uso de algemas, armas (*United States v. Strickler*, 1974; *United States v. McLemore*, 1978), detenções demoradas ou ordens para que os indivíduos se direcionassem a outro local, como a viaturas, caracterizavam elementos que excederiam o conceito de breve detenção. Além disso, o enquadramento da abordagem policial como uma prisão em flagrante a exigir causa provável, nos termos da Quarta Emenda, significaria, também, a custódia do indivíduo, atraindo a incidência da Quinta Emenda e a obrigatoriedade de que o policial esclareça ao indivíduo os seus direitos naquela situação, como estabeleceu a Suprema Corte no caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

²⁶³ Assim, quanto à tradução dos termos, esclareça-se desde já que se optou pela tradução de “stop” como retenção e não como “detenção” para diferenciar a espécie do gênero, assim como é feito na língua inglesa. O mesmo quanto à tradução de “frisk” como “revista” e não como “busca”.

²⁶⁴ No que toca à razoabilidade da suspeita, esclareceu-se, em similar raciocínio ao já efetuado no julgamento do caso *Carroll v. United States* (1925) em relação à causa provável, que a suspeita deve ser embasada em parâmetros objetivos, posteriormente confirmáveis por um juízo neutro, o qual deve aferir se os fatos narrados pelo policial seriam suficientes para garantir a um “homem de razoável cautela” que a ação a ser tomada era apropriada.

fim de descobrir os fatos verdadeiros e neutralizar a ameaça de dano, se ela se concretizasse. O policial restringiu cuidadosamente a sua busca às ações apropriadas para descobrir os itens que ele procurava.²⁶⁵

A partir desse entendimento, fixou-se uma regra geral:

[S]e um policial observa uma conduta não usual, a qual o conduz a razoavelmente concluir, à luz de sua experiência, que atividade delitiva pode estar em andamento e que a pessoa com a qual ele está lidando pode estar armada e ser atualmente perigosa, e se no curso da investigação desse comportamento ele se identifica como policial e faz questionamentos razoáveis, e se nada nos estágios iniciais da abordagem servem para afastar o seu receio razoável pela sua segurança ou de outros, então ele está legitimado a, para a sua própria proteção e para a proteção dos outros presentes na área, a conduzir uma busca cuidadosamente limitada às vestes exteriores dessa pessoa, com o fito de descobrir armas que possam ser usadas para atacá-lo. Uma busca desse gênero é uma busca razoável sob a Quarta Emenda, e quaisquer armas apreendidas podem ser utilizadas como prova contra a pessoa da qual elas foram retiradas.²⁶⁶

Nesse julgamento, voto dissidente foi proferido pelo *Justice* Douglas, que entendeu que permitir uma detenção e uma busca, ainda que breves e superficiais, com base em mera “suspeita razoável”, implicaria conferir ao policial poderes maiores que aqueles conferidos aos próprios magistrados (os quais somente poderiam conceder mandados de detenção e busca com base em causa provável, e nunca com base em “suspeita razoável”). Assim, opinou que tal flexibilização significaria uma opção por um caminho totalitário, em que a repressão ao crime é encetada em detrimento dos direitos individuais, e votou no sentido de que os policiais somente poderiam efetuar retenções e revistas sem mandado diante de causa provável.

Diante de tais fundamentos, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel e Nancy J. King (2012) opinam que há três pontos centrais no caso Terry. O primeiro é a inédita constatação de que retenção (*stop*) do indivíduo na rua, mediante coação física ou ordem (explícita ou implícita) de parada, configura uma “detenção” (*seizure*) e de que uma exploração superficial das vestes exteriores do indivíduo (*frisk*) configura uma “busca” (*search*) – independentemente do rótulo ou denominação que se dê a tais atos, aos quais se aplica então a Quarta Emenda. O segundo é a adoção de um teste de balanceamento para a aferição da constitucionalidade de uma prática policial restritiva de liberdade não embasado no parâmetro da causa provável²⁶⁷. E, por fim, o terceiro é a assertiva de que a exclusão da prova ilícita (*exclusionary rule*) não seria eficaz para evitar violações às garantias constitucionais nos casos em que a polícia não tiver por objetivo a persecução penal ou estiver disposta a sacrificá-la a fim de atingir outros objetivos.

²⁶⁵ Terry v. Ohio, 392 U.S. 22, 30 (1968), tradução livre.

²⁶⁶ Terry v. Ohio, 392 U.S. 30-31 (1968), tradução livre.

²⁶⁷ Tal como já havia ocorrido um ano antes em *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967).

4.2.5. Os casos-irmãos: *Sibron v. New York e Peters v. New York (1968)*

Embora o precedente *Terry v. Ohio* seja considerado o julgado paradigmático sobre a prática da *stop and frisk*, a Suprema Corte, no mesmo dia (10 de junho de 1968), julgou, logo após o caso *Terry*, outros dois casos similares, em que dois réus sustentavam a ilicitude da abordagem que precedeu à apreensão de provas que os incriminavam.

Nesses dois casos, os acusados (*Sibron* e *Peters*) requeriam o reconhecimento da ilicitude da abordagem realizada por policiais de New York (NY) e, para tanto, sustentavam a inconstitucionalidade de um recente dispositivo de lei estadual – § 180-a do *New York Criminal Procedure Code* (1881), incluído em 1964 – que autorizava a prática de “*stop, question and frisk*” pelos policiais nova-iorquinos²⁶⁸. Esse dispositivo foi invocado pelo Estado, em ambos os casos, como fundamento da validade das provas obtidas em desfavor dos acusados. Os casos foram julgados conjuntamente, sob o nome *Sibron v. New York*, cuja opinião foi redigida também pelo *Chief Justice* Earl Warren²⁶⁹. No caso de *Sibron*, a Corte concluiu pela invalidade da abordagem policial e, no de *Peters*, pela validade da abordagem.

²⁶⁸ § 180-a do *NY Criminal Procedure Code*: “Interrogatório temporário de pessoas em espaços públicos; busca por armas. 1. Um policial pode deter uma pessoa no espaço público a qual ele suspeita razoavelmente estar cometendo, ter cometido ou estar prestes a cometer um crime grave (*felony*) ou qualquer dos crimes especificados na seção 552 deste capítulo, e pode requerer dele o seu nome, endereço e explicação para suas ações. 2. Quando o policial tiver detido uma pessoa para interroga-lo com base no permissivo anterior e suspeitar razoavelmente que ele está em perigo de vida ou de lesão, ele pode revistar tal pessoa por armas perigosas. Se o policial de fato encontrar tal arma ou qualquer outro objeto cujo porte possa constituir um crime, ele pode retê-lo e mantê-lo até completar o interrogatório, após o qual ou ele deverá devolvê-lo, se lícito o porte, ou deverá prender tal pessoa”. No original: “Temporary questioning of persons in public places; search for weapons. 1. A police officer may stop any person abroad in a public place whom he reasonably suspects is committing, has committed or is about to commit a felony or any of the crimes specified in section five hundred fifty-two of this chapter, and may demand of him, his name, address and an explanation of his actions. 2. When a police officer has stopped a person for questioning pursuant to this section and reasonably suspects that he is in danger of life or limb, he may search such person for a dangerous weapon. If the police officer finds such a weapon or any other thing the possession of which may constitute a crime, he may take and keep it until the completion of the questioning, at which time he shall either return it, if lawfully possessed, or arrest such person.” (KUH, 1965, p. 33)

²⁶⁹ *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968). Na oportunidade, a Corte ressaltou que, embora os Estados possam conceder aos policiais poderes para efetuar buscas e detenções, elas se submetem às limitações constitucionais. Porém, entendeu que seria um “exercício improdutivo” analisar se as “elásticas categorias” do § 180-a do *NY Criminal Procedure Code* seriam compatíveis com a Quarta Emenda, pois “a validade constitucional de uma busca sem mandado é proeminentemente o tipo de questão que só pode ser decidida à luz do contexto fático concreto do caso individual” (*Sibron v. New York*, 392 U.S. 56, 1968). A Corte observou então que o § 180-a visa a “autorizar os policiais a ‘reter’ (*stop*) pessoas, a ‘requerer’ (*demand*) explicações delas e a ‘revistá-las por armas perigosas’ (*search [them] for dangerous weapon[s]*), em certas circunstâncias, com base em ‘suspeita razoável’ (*reasonable suspicion*) de que elas estão engajadas em atividade criminosa e de que elas representam um perigo para o policial”. (*Sibron v. New York* 392 U.S. 60, 1968). A Corte aduziu então que o essencial não é avaliar a adequação da linguagem legal, suscetível de interpretações variadas, mas sim a conduta policial que ela autoriza, que não pode contrariar as limitações constitucionais. Assim, a Corte não analisou a constitucionalidade do § 180-a do *NY Criminal Procedure Code* e limitou-se a avaliar se as abordagens atenderam à Quarta Emenda – e não à lei estadual.

No primeiro caso, um policial em patrulha (Martin) observou Sibron (até então um desconhecido sobre o qual Martin não possuía nenhuma informação) conversando com seis ou oito pessoas que o policial sabia serem viciados em entorpecentes, por oito horas contínuas (16h-24h). Mais tarde, o policial viu Sibron entrar em um restaurante, com mais três indivíduos conhecidos por serem viciados em entorpecentes. Sibron sentou-se, pediu uma torta e um café. O policial Lasky abordou Sibron e chamou-o para fora do restaurante, onde então lhe disse “você sabe o que eu estou procurando”. Sibron fez menção de pegar algo em seu bolso, momento em o policial alcançou esse mesmo bolso e retirou dele envelopes contendo heroína. Sibron, acusado pelo porte ilegal da heroína, apresentou um pedido de exclusão da heroína dos autos (*motion to suppress*), a qual foi rejeitada pela corte de julgamento, que entendeu que o policial tinha causa provável para realizar a prisão e apreender a heroína. Em seguida, Sibron assumiu-se culpado (*pleaded guilty*).

A rejeição do pedido de exclusão da prova foi mantida pela corte de apelações estaduais intermediária e depois pela Corte de Apelações do Estado de New York. Perante esta, o Estado inicialmente defendeu a validade da busca com base no *NY Criminal Procedure Code*, argumento aceito. Porém, perante a Suprema Corte, o *District Attorney* admitiu ter havido erro.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte ressaltou, em primeiro lugar, que não havia elementos suficientes para determinar se Sibron havia sido “retido” (*stopped*) pelo policial Martin no interior do restaurante. No particular, registrou que há diferença entre uma abordagem policial voluntária (sem restrição à liberdade do indivíduo abordado, que meramente coopera com o policial) e uma abordagem coercitiva (*stop*, decorrente de uma demonstração de autoridade que não deixa ao indivíduo a escolha de ignorar a abordagem policial e que constitui, então, uma retenção, restritiva da liberdade ambulatorial):

Não há nenhum indicativo de se Sibron acompanhou o Policial Martin até o exterior do restaurante em submissão a uma demonstração de força ou autoridade que não lhe deixou nenhuma escolha, ou se ele foi voluntariamente, em um espírito de aparente cooperação com a investigação do policial. Em qualquer caso, a deficiência de registro é inócua, pois o Policial Martin não obteve nenhuma nova informação no intervalo entre o início do encontro no restaurante e a retenção e revista de Sibron no exterior do estabelecimento.²⁷⁰

Noutro giro, para aferir se a busca feita no bolso de Sibron foi válida, reconheceu-se necessário definir, de início, se tal ato configurou uma busca investigativa (*search*), que ocorre incidentalmente à prisão e exige causa provável, ou se configurou uma revista protetiva por

²⁷⁰ Sibron v. New York, 392 U.S. 63 (1968) (tradução livre)

suspeita do porte de armas perigosas (*frisk*), a qual dispensa causa provável, conforme decidido em Terry. A Corte notou então que a busca feita no bolso de Sibron não poderia ser justificada como uma revista protetiva em procura de armas (*frisk*), uma vez que o próprio policial admitiu que não possuía razão para acreditar que Sibron ocultasse arma e, mesmo que ele assim alegasse, a revista feita diretamente no bolso não seria compatível com essa justificativa.

Destacou-se, pois, uma diferença relevante em relação ao caso de Terry: neste, o policial revistou a jaqueta de Terry, abaixo dos braços, onde poderia estar ocultada arma, ao passo que, no caso de Sibron, o policial revistou diretamente o bolso de Sibron, denotando que o intuito da busca não era o de autoproteção, mas sim o de investigação:

A busca por armas admitida em Terry consistia somente em uma limitada revista do exterior das vestes do suspeito em procura de objetos ocultos que possam ser utilizados como instrumento de ataque. Em Terry, apenas quando o policial descobriu tais objetos é que ele colocou as mãos dentro dos bolsos do homem que ele revistada. Neste caso, sem qualquer tentativa de uma exploração inicial por armas, o Policial Martin colocou suas mãos dentro do bolso de Sibron e tirou dele envelopes de heroína. O seu depoimento mostrou que ele estava procurando por narcóticos, e encontrou-os. A busca não foi razoavelmente limitada ao objetivo que poderia ter justificado a intervenção – a proteção do policial mediante o desarme de um homem potencialmente perigoso. Tal revista viola a Quarta Emenda, que protege a santidade da pessoa contra intrusões desarrazoadas por parte de todos os agentes estatais.²⁷¹

A Corte, então, ressaltou que a *frisk* permitida em Terry tem caráter autoprotetivo e não é uma busca com propósitos investigativos, pois nesse caso o policial precisa de causa provável para executar a medida²⁷². A Corte esclareceu, ademais, que tal busca por armas não pode ser feita indistintamente, pois requer elementos que deem suporte razoável à inferência de que o indivíduo está armado:

O policial não está autorizado a reter e revistar toda pessoa que ele vê na rua ou a quem ele faz questionamentos. Antes que ele coloque a mão em um cidadão em busca de algo, deve ter fundamentos razoáveis e constitucionalmente adequados para fazê-lo. No caso de busca autoprotetiva por armas, ele deve ser capaz de indicar fatos particulares a partir dos quais ele inferiu razoavelmente que o indivíduo estava armado e era perigoso.²⁷³

Por outro lado, a Corte notou que o policial Martin não ouviu nenhuma conversa, nem viu qualquer passagem de objetos entre Sibron e os usuários de entorpecentes. Destacou-se que,

²⁷¹ Sibron v. New York, 392 U.S. 65 (1968) (tradução livre)

²⁷² A possibilidade de desvio de finalidade no uso da medida já havia sido objeto de alerta por parte da doutrina quando da inclusão do § 180-a no NY *Criminal Procedure Code* (cf. SCHWARTZ, H., 1967, p. 461).

²⁷³ Sibron v. New York, 392 U.S. 63-64 (1968) (tradução livre)

“até onde ele sabia, eles poderiam realmente ‘estar conversando sobre o Campeonato de Baseball’”²⁷⁴. Nesse contexto, a inferência de que Sibron estaria engajado no tráfico meramente porque ele conversou com usuários de entorpecentes não constituía causa provável para uma busca sem mandado, incidental à prisão (*search incident to arrest*)²⁷⁵: “a inferência de que pessoas que conversam com viciados estão engajados no tráfico de drogas simplesmente não constitui o tipo de inferência razoável requerida para embasar uma intrusão policial sobre a esfera pessoal de um indivíduo”²⁷⁶. Assim, a Corte concluiu que a busca violou a Quarta Emenda e determinou a exclusão das provas a partir dela obtidas.

No caso de Peters, um policial (Lasky), em seu apartamento, ouviu um ruído do lado de fora. Pela portinhola, avistou dois indivíduos (um deles Peters) movendo-se de modo furtivo na ponta dos pés pelo rol de entrada. Lasky chamou a polícia, vestiu-se e armou-se. Acreditando que eles estavam prestes a invadir o recinto para praticar um furto (*burglary*), saiu do apartamento e bateu bruscamente a porta, o que ensejou a fuga dos dois. Passou então a persegui-los e capturou Peters no rol de entrada do apartamento. Peters disse que estava visitando uma namorada, cujo nome se recusou a declinar, alegando que esta era casada. Lasky então revistou Peters e ao apalpar suas vestes sentiu um objeto sólido, que pensou que pudesse ser uma faca. Tratava-se, na verdade, de um recipiente com ferramentas para o furto (*burglar’s tools*). Peters foi acusado pelo porte de artefato com o objetivo de cometer crime.

Peters apresentou um pedido de exclusão da prova (*motion to suppress*), rejeitado pela corte de julgamento, que sustentou que a busca era justificada sob o § 180-a do *NY Criminal Procedure Code*. Esse entendimento foi ratificado pela corte intermediária de apelações e pela Corte de Apelações de New York. Por fim, ao analisar os fatos, a Suprema Corte ressaltou que revista realizada pelo policial Lasky tinha o estrito objetivo de encontrar armas em posse de Peters e, ademais, foi realizada em uma situação em que havia causa provável, autorizativa de busca incidental à prisão, observando que seria “difícil conceber indícios mais fortes para uma prisão, próxima da observação visual da atividade criminosa flagrante”²⁷⁷. Assim, a Corte entendeu que a abordagem foi válida, pois, quando o policial alcançou Peters, ele o reteve com base em causa provável, o que inclusive autorizaria busca (investigativa) incidental à prisão.

²⁷⁴ Sibron v. New York, 392 U.S. 62 (1968) (tradução livre)

²⁷⁵ Para a Corte, a busca incidental à prisão sem mandado e causa provável deve limitar-se à pessoa do preso e pertences sob alcance imediato. Trata-se da “*Chimel rule*” (cf. Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969)).

²⁷⁶ Sibron v. New York, 392 U.S. 62 (1968) (tradução livre)

²⁷⁷ Sibron v. New York, 392 U.S. 66 (1968) (tradução livre)

4.2.6. *Precedentes posteriores da Suprema Corte*

Logo após o julgamento dos casos Terry e Sibron, Wayne LaFave (1968) publicou artigo em que ressaltou que, antes desses precedentes, a ausência de diferenciação entre uma prisão (*arrest*) e uma retenção (*stop*) estava levando a uma flexibilização excessiva do conceito de causa provável, com o objetivo de validar retenções investigativas, de caráter menos intrusivo do que uma prisão. Nesse contexto, a delimitação de requisitos próprios para uma retenção investigativa (*stop*) no caso Terry teria o condão de deixar incólume o conceito de causa provável, a ser exigida com rigidez e vigor para a prática de uma efetiva prisão (*arrest*).

Assim, para LaFave (1968), a leitura conjunta dos casos Terry e Sibron fornece diretrizes para guiar o encontro entre policiais e cidadãos no espaço público, uma vez que, de um lado, elencam-se os caracteres de uma *stop* e de uma *frisk* – e assim as distingue de outras práticas policiais mais ou menos invasivas – e, de outro, definem-se as condições de validade de uma *stop* e de uma *frisk*. Aí estaria então um dos principais méritos da Suprema Corte no julgamento dos casos em tela.

Nesse sentido, para Hemmens e Carmen (2010), em poucas oportunidades a Corte foi tão clara quanto aos parâmetros a serem seguidos pela polícia na execução de um determinado ato. De fato, no caso Terry, a Corte objetivou definir um tipo específico de abordagem policial (*stop and frisk*) que, por ser de caráter breve e menos intrusivo, submeter-se-ia a requisitos menos rígidos apenas a ela aplicáveis, em estrita exceção à exigência de causa provável e mandado constante da Quarta Emenda. Assim, identifica-se nesse precedente uma preocupação em não alargar demasiado os poderes de retenção e revista atribuídos aos policiais, mediante a delimitação dos atos de *stop* e *frisk* e de suas respectivas condições de validade.

Essa preocupação da Corte em Terry reaparece em alguns julgados posteriores, nos quais limitam-se a extensão e as finalidades de uma *stop* e de uma *frisk*. Assim, em primeiro lugar, são relevantes os julgados em que se analisou a diferença entre um encontro de natureza voluntária (*encounter*) entre policial e cidadão e uma retenção de natureza coercitiva (*stop*) de um cidadão pelo policial. O tema foi abordado pela primeira vez pelo *Justice* Stewart em *United States v. Mendenhall* (1980)²⁷⁸, o qual fixou uma regra geral (que, contudo, não foi utilizada como fundamento para solucionar o caso pela maioria dos *Justices*, em virtude de a questão não ter sido expressamente enfrentada pelas cortes inferiores):

²⁷⁸ *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980)

Uma pessoa foi “detida”, no sentido da Quarta Emenda, somente se, sob o ponto de vista de todas as circunstâncias relativas ao incidente, uma pessoa razoável acreditaria que ele não está livre para ir embora. Exemplos de circunstâncias que poderiam indicar uma detenção, mesmo se a pessoa não tentou ir embora, seriam a presença ameaçadora de vários policiais, a demonstração de uma arma pelo policial, algum contato físico da pessoa do cidadão abordado, ou o uso de linguagem ou tom de voz que indique que a obediência ao pedido do policial pode ser obrigatória.²⁷⁹

Entendeu-se, pois, que quando a abordagem policial provoca no cidadão a crença de que ele não está livre para ir embora, tal abordagem constitui uma retenção (*stop*). Tal regra foi resgatada em *Florida v. Royer* (1983) e, nesta oportunidade, foi aplicada como fundamento para a decisão do caso concreto. Observou-se que os policiais abordaram o acusado (*Royer*) em um aeroporto, identificaram-se como investigadores de tráfico de drogas e informaram ao abordado que ele era suspeito de transportar drogas. Após, pediram para acompanhá-los até a sala do polícia, retiveram seus documentos e não indicaram de qualquer modo que ele estava livre para embarcar. Notou-se que tais circunstâncias “certamente denotam uma demonstração de autoridade suficiente para que ‘uma pessoa razoável acreditaria que não está livre para ir embora (*United States v. Mendenhall* [...])’”²⁸⁰. Ressaltou-se, então, que “policiais não violam a Quarta Emenda por meramente se aproximar de um indivíduo na rua ou em outro espaço público”, contanto que as circunstâncias de tal abordagem não denotem coercitividade, o que exige então o cumprimento dos requisitos fixados em *Terry* para uma *stop*²⁸¹.

Além de diferenciar um *encounter* de uma *stop*, também a própria extensão de uma *stop* em relação a detenções mais gravosas foi delimitada pela Corte em outros julgados após *Terry*. Assim, em *Davis v. Mississippi* (1969)²⁸² e em *Dunaway v. New York* (1979)²⁸³, a condução de um suspeito à delegacia para interrogatório e coleta de digitais foi reputada uma restrição à liberdade mais gravosa do que uma mera *stop* e, por isso, dependente de causa provável e não só de suspeita razoável. Seguindo essa orientação restritiva, em 1982, no caso *United States v. Place*²⁸⁴, a Corte decidiu unanimemente que uma detenção de cerca de 90

²⁷⁹ *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 545 (1980), tradução livre.

²⁸⁰ *Florida v. Royer*, 460 U.S. 502 (1983), tradução livre.

²⁸¹ *Florida v. Royer*, 460 U.S. 497 (1983), tradução livre.

²⁸² *Davis v. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969)

²⁸³ *Dunaway v. New York* 442 U.S. 201 (1979). Decidiu-se que uma “detenção para interrogatório sob custódia – independentemente de sua nomenclatura – constitui uma intrusão tão severa nos interesses protegidos pela Quarta Emenda a ponto desencadear a exigência das garantias tradicionais contra a prisão legal”. Nesse passo, a Corte salientou que a condução coercitiva de *Dunaway* à delegacia não poderia ser sustentada com base no entendimento fixado em *Terry*, pois não configurou uma mera “*stop and frisk*”, mas sim um ato substancialmente indiscernível de uma prisão (*arrest*), a qual exige causa provável.

²⁸⁴ 462 U.S. 696 (1983). Além disso, nesse caso, ressaltou-se ser desarrazoada uma *stop and frisk* em que os agentes executores não respondem adequadamente aonde levarão os bens apreendidos, por quanto tempo, e de que modo os bens serão devolvidos ao abordado.

(noventa) minutos não se enquadraria como uma retenção (*stop*), nos termos em que fixado em *Terry v. Ohio*, e demandaria, pois, mandado prévio²⁸⁵. Além disso, nesse caso, ressaltou-se ser desarrazoada uma *stop* em que os policiais não respondem adequadamente aonde levarão os bens apreendidos, nem por quanto tempo e de que modo os bens serão devolvidos.

Além dos precedentes relativos à delimitação de uma *stop*, outros casos foram importantes para delimitar a extensão e a finalidade de uma *frisk*. No caso *Ybarra v. Illinois*²⁸⁶ (1979), ressaltou-se que a *frisk* tem finalidade protetiva e não investigativa e depende da suspeita individualizada do porte de armas, ao passo que uma busca investigativa (*search*) só pode ser realizada nos indivíduos contra os quais há suspeita de cometimento de crime²⁸⁷:

Nada em *Terry* pode ser entendido como uma permissão para uma generalizada “busca rápida por armas”, nem para quaisquer buscas em procura de qualquer coisa que não sejam armas. O “limitado escopo” da exceção *Terry* não permite uma revista por armas baseada em menos do que a crença ou suspeita razoável dirigida à pessoa a ser revista, mesmo que esta pessoa esteja em um recinto em que está ocorrendo uma busca por narcóticos²⁸⁸.

Nesse sentido, alguns anos mais tarde, no caso *Arizona v. Hicks* (1987), firmou-se que a revista protetiva (*frisk*) deve ter substrato em fatos “que garantam razoavelmente ao policial que o suspeito é perigoso e pode assumir imediato controle de armas”²⁸⁹. Assim, observou-se que a *suspeita razoável* é bastante para realizar uma revista de finalidade protetiva (*frisk*), mas

²⁸⁵ Nesse sentido, a Corte já ressaltou, em mais de uma oportunidade, a necessidade de obtenção de um mandado judicial prévio para a realização de uma busca mais invasiva do que uma mera *stop and frisk*. *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326 (2001); *United States v. Sokolow* 490 U.S. 1 (1989)

²⁸⁶ 444 U.S. 85 (1979)

²⁸⁷ *Ybarra v. Illinois* 444 U.S. 86 (1979). Nesse caso, um juiz expediu um mandado que autorizava busca em uma taverna cujo dono era suspeito de possuir heroína. Ao entrar na taverna, a polícia avisou a todos os presentes que realizariam uma rápida busca por armas. Entre outros, Ybarra, um consumidor da taverna, foi revistado por um policial que sentiu um pacote de cigarros com objetos, no interior do qual encontrou pacotes de heroína. A Suprema Corte ressaltou que a causa provável que embasou a expedição do mandado somente se referia ao porte de heroína por parte do dono da taverna, e não por parte de qualquer consumidor da taverna. Notou que, quando os policiais foram à taverna executar o mandado, nenhum fato lhes permitiu concluir que Ybarra tivesse cometido, estivesse cometendo ou estivesse prestes a cometer qualquer delito. Além disso, não seria possível sustentar que a revista de Ybarra seria uma protetiva por armas (*frisk*), sob a doutrina fixada em *Terry*, pois não havia “fato específico que teria justificado um policial na cena a sequer suspeitar que o apelante estivesse armado e fosse perigoso”. Similarmente, em *Adams v. Williams*, 407 U. S. 143 (1972), ressaltou-se que “o propósito dessa limitada revista [permitida em *Terry*] não é descobrir provas de crime, mas sim permitir ao policial a continuidade da investigação sem medo de violência, e por isso a revista em procura de armas pode ser necessária e razoável independentemente de o porte de arma oculta ser ou não proibido sob a lei estadual aplicável. Contanto que o policial esteja autorizado a realizar uma abordagem forçada (*forcible stop*), ele poderá conduzir uma limitada busca por armas, limitada a tal propósito protetivo” (tradução livre). No mesmo sentido: *Pennsylvania v. Mims*, 434 U. S. 106 (1977).

²⁸⁸ *Ybarra v. Illinois* 444 U.S. 93-94 (1979), tradução livre.

²⁸⁹ *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1033 (1983).

uma busca de finalidade investigativa sempre exige *causa provável*²⁹⁰. Quanto ao ponto, já no caso *Adams v. Williams* (1972), a Corte ressaltou que a validade da *frisk* depende da estrita limitação à procura por arma com base em uma suspeita objetiva que lhe dê suporte. E ainda nesse caso, em voto vencido, o *Justice* Brennan chegou a observar, de modo específico, que a possibilidade de atuação com base em suspeita razoável admitida em *Terry* não deveria se aplicar aos crimes de posse/porte de drogas, pois traria o risco de que a revista (*frisk*), em vez de ser protetiva e meramente incidental à retenção (*stop*), acabasse se tornando a própria finalidade da retenção e assumisse instrumentalidade investigativa e não protetiva²⁹¹.

Nessa linha, no caso *Minnesota v. Dickerson* (1993)²⁹², a Corte realçou que, se o policial, ao proceder a uma *frisk*, não descobre nada que possa ser uma arma, não pode continuar revistando o indivíduo a fim de tentar obter e apreender drogas que suspeita que o revistado possua em seu bolso. Nesse caso, a apreensão só poderia ocorrer se a posse de drogas fosse imediatamente aparente, detectada pelo mero toque (em aplicação da *plain view exception*)²⁹³:

O caso *Terry* permite a breve retenção de uma pessoa cuja conduta suspeita leva um policial a concluir sob a luz da sua experiência de atividade criminosa possa estar em andamento, e permite a revista da pessoa, por apalpamento (*patdown*), em busca de armas, quando o policial tem razão para crer que a pessoa pode estar armada e representar um perigo atual. Essa revista protetiva permitida sem um mandado e com base em suspeita razoável, inferior à causa provável, não objetiva a descoberta de provas de crime, mas sim deve ser estritamente limitada ao que é necessário para descobrir armas que possam ser utilizadas para lesionar o policial ou outros. Se a revista protetiva vai, ao contrário, além daquilo que é necessário para determinar se o suspeito está armado, então ela deixa de ser válida, nos termos julgados em *Terry*, e os seus frutos devem ser excluídos do processo.²⁹⁴

Nesse contexto, em *Ornelas v. United States* (1996)²⁹⁵, a Suprema Corte reforçou o entendimento de que a questão referente à configuração de suspeita razoável (*reasonable suspicion*) para a prática de uma *stop* e à configuração de causa provável (*probable cause*) para

²⁹⁰ *Arizona v. Hicks* 480 U.S. 321 (1987). Caso descrito na nota de rodapé n. 237. No entanto, Stephen Saltzburg e Daniel Capra (1996) ponderam que, mesmo após o caso *Hicks*, continuou a ser arguida perante as cortes inferiores a tese de que buscas investigativas breves podem ser amparadas em suspeita razoável.

²⁹¹ *Adams v. Williams*, 407 U.S. 151 (1972).

²⁹² 508 U.S. 366 (1993)

²⁹³ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993)

²⁹⁴ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366-367 (1993), tradução livre. Ao comentar a importância do caso, Hemmens e Carmen salientam que se trata de uma decisão complementar ao caso *Sibron*, em que havia sido frisada a finalidade protetiva da revista (*frisk*). Apontam: “Definir os limites aplicáveis é importante como um guia para o trabalho policial a fim de prevenir arbitrariedade e abuso. Ausentes parâmetros claros e bem definidos, a revista de uma pessoa pode facilmente se tornar uma “expedição de pescaria” em busca de provas pela polícia. O potencial de abuso é enorme e pode ser perverso, daí a necessidade de controle. A Corte em *Dickerson* enviou esta mensagem: as revistas (*frisks*) possuem uma finalidade limitada. Qualquer intervenção para além da proteção policial é proibida”. (2010, p. 81, tradução livre)

²⁹⁵ 517 U.S. 690 (1996)

a prática de uma busca (*search*) deve ser submetida ao controle judicial, inclusive em grau de apelação (*de novo review*)²⁹⁶, oportunidade em que as cortes de segunda instância podem reexaminar o acervo fático-probatório dos autos e utilizar premissas diversas daquelas utilizadas pelo juízo inferior na decisão recorrida.

A Corte realçou, então, a importância do controle judicial das práticas policiais e da reanálise da questão pelas cortes de segunda instância, uma vez que a uniformização de precedentes evitaria interpretações diversas a fatos similares. Assim, se as cortes mantiverem controle e esclarecerem as regras legais pertinentes, os precedentes poderão fornecer à polícia “um arsenal definido de regras que, na maior parte dos casos, tornarão possível definir corretamente de antemão se uma determinada invasão da privacidade é justificada no interesse do *law enforcement*”. Ressaltou-se que os principais componentes da revisão *de novo* da configuração da suspeita razoável/causa provável são “(1) a definição dos fatos que ensejaram a *stop* ou *search*, e (2) a decisão sobre questão mista, de fato e de direito, sobre se tais fatos, a partir da perspectiva de um policial objetivamente razoável, são suficientes para configurar suspeita razoável ou causa provável”²⁹⁷.

Não obstante, essa tentativa de delimitação estrita dos elementos que definem a *stop and frisk* e que validam a atuação policial sem causa provável e sem mandado não foi seguida à risca. Outros casos posteriores julgados pela própria Suprema Corte e pelos tribunais de instâncias inferiores revelaram a dificuldade de definição de uma *stop and frisk* e de seus requisitos de validade. Saltzburg e Capra (1996, p. 168) observam então que é difícil superestimar o impacto do caso Terry sobre toda a jurisprudência posterior sobre a Quarta Emenda, pois o caso abriu uma brecha para que a exigência de mandado fosse mitigada e sobreposta pela análise da *razoabilidade* da busca/detenção – mesmo em casos em que não se estivesse diante de uma *stop and frisk*, mas sim de intervenções mais gravosas.

Nesse sentido, é crucial notar que, embora a Suprema Corte tenha inicialmente indicado em Terry v. Ohio que a *stop and frisk* seria uma abordagem breve e pouco intrusiva, motivada pela suspeita razoável da prática de uma infração penal e limitada pela busca por armas, tais parâmetros foram flexibilizados pelas cortes estadunidenses sobretudo em casos que envolviam a repressão ao tráfico, no âmbito da chamada “guerra contra as drogas” (*war on*

²⁹⁶ A “*de novo review*” é um parâmetro amplo de revisão judicial, no qual o tribunal de segunda instância pode reanalisar tanto as questões fático-probatórias, quanto as questões eminentemente jurídicas do caso, sem qualquer deferência às premissas firmadas pelo juízo inferior prolator do primeiro julgamento.

²⁹⁷ Ornelas v. United States, 517 U.S. 690 (1996) (tradução livre)

drugs), anunciada pelo presidente Richard Nixon (1969-1974) e especialmente intensificada por Ronald Reagan (1981-1989) (SALEEM, 1997).

Nesse passo, a exceção à exigência de mandado e causa provável, reservada no caso Terry a abordagens breves e superficiais, foi sendo paulatinamente aplicada pelas cortes a detenções mais longas e a intervenções mais ostensivas e intrusivas, especialmente contra o tráfico e inclusive mediante ampla força policial, imobilizações, armas e algemas²⁹⁸ (SALEEM, 1997). Com isso, a própria definição de *stop and frisk* tornou-se nebulosa e o grau de convencimento necessário para a prática de uma *stop and frisk* foi igualmente abrandado.

Nesse sentido, para Williamson (1982), a Corte não forneceu parâmetros definitivos para definir quando ocorre uma detenção (*seizure*) sob a modalidade de uma “*stop*”. Como visto, no caso Terry, fixou-se que, “sempre que um policial aborda um indivíduo e restringe a sua liberdade de ir embora, ele ‘deteve’ esse indivíduo” e que uma detenção “ocorre sempre que um agente policial ‘por meio de força física ou demonstração de autoridade’ restringe de alguma maneira a liberdade de um cidadão”. Não obstante, Williamson (1982) destaca que é difícil conjecturar uma interação entre um policial e um suspeito que não constitua uma *stop*, pois, como a Corte reconhece, “qualquer interrogatório de um suspeito por um policial terá um elemento coercitivo, simplesmente pelo fato de que o policial é parte de um sistema de imposição legal que pode em última instância submeter o suspeito à persecução penal”²⁹⁹.

Com a indefinição da própria definição de uma *stop and frisk* e de suas condições de validade, abriu-se espaço para a prática de *stops and frisks* com base em fundamentos vagos e pretextuais, o que, sobretudo, deu margem a sucessivas tensões entre as polícias e as minorias raciais. Agravou-se, em especial, o problema relativo à filtragem racial (*racial profiling*)³⁰⁰.

Quanto ao ponto, Fyfe (1998) observa que o uso arbitrário e discriminatório da *stop and frisk* figura entre as reclamações mais persistentes dos cidadãos em relação à conduta policial, em especial daqueles residentes em áreas periféricas. De fato, após o julgamento do caso Terry, a filtragem racial tem sido comumente associada à *stop and frisk* motivada pela raça e por uma vaga suspeita de que a pessoa esteja tendo um comportamento delitivo (AMAR,

²⁹⁸ Confirmam-se, ilustrativamente: *United States v. Saffeeles*, 510 U.S. 801 (1993) – algemas; *United States v. Clipper*, 973 F.2d 944 (D.C. Cir. 1992) – armas apontadas; *United States v. Esieke*, 940 F.2d 29 (2d Cir. 1991) – algemas nos braços e pernas. Nesse sentido, Saltzburg e Capra (1996) notam que a exigência de causa provável para buscas investigativas foi ignorada pelas cortes estadunidenses mesmo após o caso *Arizona v. Hicks* (1987).

²⁹⁹ *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 495 (1977), tradução livre.

³⁰⁰ Saleem (1997) destaca que era pensamento corrente entre os estadunidenses a noção de que os negros e pobres careceriam do suporte moral e da estrutura familiar necessárias para que se transformem em membros produtivos da sociedade, razão pela qual sucumbiriam ao mercado ilícito de entorpecentes.

2005). Assim, “encontros investigativos” com a polícia no espaço público têm encetado tensão e ressentimento entre a juventude negra nos EUA (WALKER, 1993).

O problema da filtragem racial na prática da *stop and frisk* não passou totalmente ao largo da Suprema Corte. No próprio caso Terry, a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) habilitou-se como *amicus curiae* e argumentou perante a Suprema Corte que a admissão da prática de detenções e buscas sem causa provável teria um inarredável reflexo para a população negra do país, que já era vítima de abordagens abusivas.

A Corte concordou com a premissa fática apresentada pelo NAACP, no sentido de que as polícias frequentemente discriminam as minorias raciais, em especial os negros. No entanto, alegou que fixar requisitos de validade mais rígidos para a prática da *stop and frisk* importaria em uma aplicação mais rígida da *exclusionary rule*, já que a abordagem seria reconhecida como inválida, o que não seria uma solução adequada para o problema da filtragem racial ou do racismo institucional nas polícias. Para tanto, a Corte alegou que os policiais não praticam abordagens unicamente com o objetivo de produzir prova contra abordado, de modo que a exclusão das provas ilícitas nem sempre teria efeito dissuasório. Além disso, argumentou que aplicar de modo mais rígido a exclusão da prova ilícita teria um profundo efeito adverso em relação à eficácia da repressão criminal. Assim, a Corte ressaltou que as cortes (o Judiciário em geral) não teriam poder suficiente para se opor ao problema da filtragem racial e só poderia julgar os casos com os quais se deparasse em cada processo:

Um julgamento adequado dos casos em que a *exclusionary rule* é invocada demanda uma constante ciência de suas limitações. O generalizado abuso por parte de alguns integrantes do aparato policial, de que grupos minoritários, particularmente negros, frequentemente se queixam, não será impedido pela exclusão de qualquer prova de qualquer processo penal. Por outro lado, uma rígida e impensada aplicação da *exclusionary rule*, em um fútil protesto em face de práticas abusivas que ela jamais poderá efetivamente controlar, pode exigir um alto custo, consubstanciado em um incremento de delitos e na frustração dos esforços para prevenir crimes. Nenhuma opinião judicial pode compreender a imensa variedade dos encontros policiais, e nós somente podemos julgar os fatos do caso com que nos deparamos.³⁰¹

Nesse rumo, a Corte deixou de estabelecer qualquer exigência ou imposição direcionada a impedir ou reduzir a discriminação racial generalizada por parte do aparato policial no país e rejeitou, noutro giro, a possibilidade de aplicação mais rigorosa da *exclusionary rule* com o fito de desestimular tais abordagens policiais discriminatórias. A aplicação posterior do precedente, por sua vez, encetou o alargamento paulatino da definição e

³⁰¹ Terry v. Ohio, 392 U.S. 14-15 (1968), tradução livre

dos requisitos de uma *stop and frisk*, dificultando o controle judicial da medida e abrindo espaço para a reprodução de preconceitos em sua prática cotidiana.

Assim, dois outros casos julgados pela Corte após Terry são especialmente criticados em virtude da abertura para a prática de abordagens racialmente direcionadas. Ainda em 1975, em *United States v. Brignoni-Ponce*, relativo a um caso de fiscalização de imigração, a Suprema Corte assentou que a raça do indivíduo poderia ser um fator para a formação de uma suspeita razoável, desde que não fosse o único³⁰². Na oportunidade, a Corte assentou que “qualquer número de fatores pode ser levado em consideração para decidir se há suspeita razoável para parar um veículo em área de fronteira” e que a aparência racial é um fator relevante.

Nesse julgamento, o *Justice* Douglas (vencido em Terry) ressaltou que apenas enumerar alguns fatores a serem considerados, “sem a tentativa de explicar qual combinação de fatores é necessária” para formar uma suspeita razoável, pode simplesmente induzir a polícia a manipular a linguagem e justificar a abordagem com base em uma série de fatores cujo significado probatório é insignificante. O *Justice* observou então que, em *Brignoni-Ponce*, a Corte estaria estendendo o “teste da suspeita” fixado em Terry para permitir a intrusão policial em face de uma multiplicidade de inocentes, “cuja única transgressão poderia ser uma aparência ou atitude desconforme (*nonconformist*)”, o que traz “um estado de coisas em que a polícia pode reter cidadãos na rua com base na mais frágil das justificativas”³⁰³.

Para o *Justice* Douglas, no julgamento de Terry, a maioria vencedora tinha a esperança de que a exceção então estabelecida só seria empregada na repressão a crimes violentos, expectativa que, contudo, não foi confirmada nos anos posteriores:

Os receios que eu expressei em Terry, sobre o enfraquecimento da Quarta Emenda, foram lamentavelmente corroborados pelos eventos subsequentes. A esperança de que o “teste da suspeita” (*suspicion test*) seria empregado apenas na persecução ao crime violento – uma limitação defendida por alguns de seus proponentes – foi agora esmagada, uma vez que ele tem sido aplicado a investigações relativas a narcóticos, na apreensão de imigrantes “ilegais”, e até mesmo tem sido considerada um construto legal para a regulamentação de um poder policial investigatório geral.³⁰⁴

³⁰² *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975). Para além dessa concepção, no caso *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976), a própria necessidade de demonstração da suspeita razoável foi abandonada, pois tida como “impraticável” na situação analisada, de revistas em locais predeterminados e fixos, como em aduaneiras (*checkpoint stops*). No caso, entendeu-se que basta para a abordagem a mera constatação da aparência racial dos suspeitos (supostos mexicanos). Para justificar essa posição, a Suprema Corte fez menção a um balanceamento entre o interesse público e as garantias individuais, em que o primeiro possuiria prevalência.

³⁰³ *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 890 (1975), tradução livre.

³⁰⁴ *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 888-889 (1975), tradução livre.

O *Justice Douglas* realçou então que, se o “teste da suspeita” de fato tem alguma aptidão para restringir o poder policial, ela só poderia decorrer do controle judicial vigoroso da sua aplicação, e não apenas da linguagem utilizada nas decisões da Corte.

Por outro lado, anos mais tarde, em 1996, no julgamento de *Whren v. United States*³⁰⁵, a Corte procedeu a novo alargamento dos poderes policiais. No caso, *Whren* e *Brown* dirigiam em uma “área de tráfico” (*high drug area*). Policiais à paisana, que patrulhavam a vizinhança em um veículo não identificado, perceberam *Whren* e *Brown* parados ante o semáforo de um cruzamento por tempo reputado excepcionalmente longo (mais de vinte segundos). De súbito, sem dar seta, *Whren* acelerou e fez a curva. Ao observar essa infração de trânsito, os policiais pararam o veículo e, quando se aproximaram, viram *Whren* carregando sacolas com *crack*.

Whren e *Brown*, ambos negros, apresentaram um pedido de exclusão de provas, no qual argumentaram que a infração de trânsito foi utilizada pelos policiais como um fundamento meramente pretextual para a retenção do veículo, ao passo que não havia nem suspeita razoável, nem causa provável para retê-los por suspeita de tráfico de drogas. Aduziram, então, que o alto número de infrações de trânsito faz com que as polícias as utilizem como mero pretexto para investigar outras infrações, razão pela qual, para avaliar a legalidade de uma abordagem motivada por infração de trânsito, seria necessário não apenas avaliar a existência de causa provável da referida infração, mas sim se um policial de fato faria uma abordagem policial unicamente em virtude daquela infração.

A Corte, em opinião redigida pelo *Justice Antonin Scalia*, rejeitou o argumento e entendeu que, se havia suspeita razoável da prática de infração de trânsito, a abordagem é lícita, independentemente da intenção que efetivamente motivou o policial a realizar a abordagem³⁰⁶. No ponto, ressaltou que a análise da conformidade da abordagem à Quarta Emenda não depende da avaliação da intenção subjetiva do policial, ao passo que a vedação da aplicação seletiva da lei (*selective enforcement*) com base na raça seria uma questão a ser analisada apenas com base na cláusula da proteção igualitária (*equal protection clause*) constante da Décima Quarta Emenda, que não foi objeto de análise pela Corte. O descumprimento dessa cláusula, por sua vez, não conduziria à inadmissibilidade das provas obtidas, ao contrário do que decorreria de uma violação à Quarta Emenda (JOHNSON, 2008). A Corte, então, admitiu a prática de

³⁰⁵ 517 U.S. 806 (1996)

³⁰⁶ Utilizou-se fundamentação diversa daquela utilizada em outros precedentes para firmar a “exceção da boa-fé” (*good faith exception*), segundo a qual, mesmo se estiver objetivamente ausente causa provável para a prática de uma busca/prisão, se o policial age movido de boa-fé, deve ser reconhecida a sua licitude. Cf. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *Massachusetts v. Sheppard* 468 U.S. 981 (1984); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009). Em sentido contrário, embora em *obiter dictum*, veja-se *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

abordagens com base em fundamentos meramente pretextuais (*pretextual stops*) e desatrelou a prática de abordagens policiais racistas de violação à Quarta Emenda à Constituição.

Observa-se então que o entendimento fixado pela Corte em *Whren* abre espaço para a filtragem racial, dada a pouca inibição ao uso de meios racialmente tendenciosos para identificar, reter e revistar suspeitos (AMAR, 2005). Deveras, ainda que a raça seja o fator determinante para a formação da suspeita, elementos diversos podem ser arguidos pelo policial como motivadores da abordagem. Portanto, a excessiva maleabilidade das condições de validade da intervenção policial apresenta-se particularmente problemática em sociedades com históricos de discriminação contra determinados grupos e categorias sociais. A admissão de fundamentos vagos para intervenções policiais dificulta o seu controle de validade, viabiliza a filtragem racial e, no limite, permite a difusão do racismo institucional³⁰⁷. Constata-se, então, que a inibição do uso discriminatório da *stop and frisk* passa pela exigência rigorosa da suspeita razoável de atividade criminosa como fundamento para a *stop* e de suspeita razoável de porte de arma como fundamento para a *frisk*. Do contrário, aceitando-se a prática da *stop and frisk* com base em fundamentos genéricos, frágeis e nebulosos, abre-se espaço para o uso discriminatório da medida, ainda que este seja obliterado por razões pretextuais.

Nesse passo, Wayne LaFave – que havia manifestado otimismo logo após o julgamento de *Terry* (cf. LAFAVE, 1968) – ressalta, em artigo publicado em 2004, que a aplicação ilógica da Quarta Emenda tem facilitado, sobretudo, o uso de abordagens de trânsito (*traffic stops*) como um mecanismo da “guerra às drogas”. Assim, LaFave nota que retenções (*stops*) têm sido admitidas com base em suspeita razoável e sem nenhuma consideração quanto à natureza meramente pretextual ou arbitrária dos critérios pelos quais infrações de trânsito são selecionadas para a abordagem. Por isso, observa que, em uma aplicação frágil dos parâmetros exigidos pela Quarta Emenda, retenções para investigação de tráfico de drogas, conquanto desprovidas de suspeita razoável ou causa provável, têm sido “higienizadas” ao serem classificadas como abordagens rotineiramente de trânsito. Esses excessos, no entanto, têm sido tratados com desprezo pelas cortes, em contraste com as limitações fixadas em *Terry* e aplicáveis em casos de outros delitos (LAFAVE, 2004). Portanto,

³⁰⁷ O racismo institucional é entendido como um conjunto de práticas discriminatórias que, conquanto não explicitadas, são reproduzidas (independentemente de intenção) no cotidiano das instituições, alastrando-se nas rotinas, administrações, normas, hábitos e práticas profissionais (AMAR, 2005). Seus efeitos são acachapantes. Uma vez incorporado o racismo institucional às práticas policiais, “as cifras sobre prisão e condenação não são, em absoluto, um reflexo das ‘subculturas’ criminogênicas de negros e minorias, mas espelham, isto sim, as atividades de aplicação da lei e as escolhas políticas das instituições que são o Estado, a polícia e a justiça criminal” (AMAR, 2005, p. 264). Assim, a filtragem racial em relação à identificação de suspeitos é central em relação à criminalização secundária.

independentemente do que se pense sobre os acertos e erros da decisão original tomada em Terry e das possibilidades por ela geradas, é razoavelmente claro que a doutrina de *stop and frisk* firmada em Terry se prestou, muito rapidamente, a conferir suporte a práticas de *law enforcement* enraizadas em generalizações estereotipadas e na filtragem racial. (MCAFFEE, 2012, p. 614, tradução livre)

Tal o panorama, é imperioso reconhecer que, nas décadas subsequentes ao caso Terry, a despeito da preocupação inicial da Corte em delimitar uma exceção estrita à Quarta Emenda, as normas atinentes às abordagens policiais no espaço público tornaram-se nebulosas e imprecisas, em virtude do posicionamento vacilante da própria Suprema Corte e das instâncias judiciais inferiores. Com isso, tornou-se reduzida a possibilidade de os cidadãos oporem seus direitos constitucionais diante da coerção policial, visto que a sua validade se tornou dependente de critérios maleáveis e confusos, suscetíveis de inúmeras interpretações conflitantes.

4.2.7. O uso inconstitucional da stop and frisk como tática de policiamento preventivo e o impacto do descontrole judicial da atividade policial

A *stop and frisk* é uma prática policial que, muito antes de 1968, já fazia parte do cotidiano do policiamento nos Estados Unidos e era considerada como uma parte essencial e necessária do policiamento (HEMMENS; CARMEN, 2010). Portanto, mesmo antes do julgamento do caso Terry, esse tipo de abordagem policial já era praticada pelas polícias estadunidenses e, inclusive, já era objeto de regulamentação na esfera estadual e de debate jurídico (cf. SOWLE, 1962; KUH, 1965; SCHWARTZ, H., 1967).

James J. Fyfe aduz então que há uma opinião unânime entre os policiais – com a qual ele concorda – no sentido de que “a autoridade de deter, questionar e, onde houver perigo aparente, revistar pessoas suspeitas é uma parte indispensável do seu trabalho” (1998, p. 1.231). Para reforçar seu argumento, Fyfe (1998) debruça-se sobre o caso Terry v. Ohio e analisa as alternativas ao alcance do policial McFadden naquela situação fática. Observa que, se este se omitisse por completo diante da suspeita da prática iminente de assalto à mão armada, estaria arriscando uma intervenção letal após o início da execução do delito. Por outro lado, se abordasse os indivíduos, mas não efetuasse a revista, estaria arriscando receber uma resposta letal às perguntas direcionadas aos três abordados. Conclui, então, que McFadden não tinha nenhuma escolha real senão a de proceder como procedeu, mediante retenção e revista (*stop and frisk*) dos suspeitos de assalto iminente.

Noutro giro, Fyfe (1998) remete às práticas da Special Investigation Section do Los Angeles Police Department (SIS/LAPD) a fim de explicitar que a exigência de causa provável para toda e qualquer abordagem coercitiva, com a correlata proibição da *stop and frisk* com base em suspeita razoável, poderia legitimar e incentivar intervenções deliberadamente violentas e letais. Fyfe nota que chegou a vigorar na SIS/LAPD uma diretriz de não-intervenção enquanto houvesse apenas suspeita razoável (e não causa provável). A partir dela, os policiais seguiam os suspeitos, observavam-nos em atos preparatórios de delitos e confrontavam-nos apenas na fase de execução do crime. Assim, não se realizava uma retenção investigativa a fim de justificar uma intervenção letal posterior, acobertada por situação de legítima defesa:

Em um caso do SIS, por exemplo, a unidade policial seguiu quatro suspeitos de assalto até um Restaurante McDonald's, assistiu-lhes durante várias horas enquanto eles rodeavam a loja até esta fechar e nela restar só uma gerente de 24 anos. O SIS observou enquanto os suspeitos colocaram máscaras de ski, caminharam ao lado da loja e chutaram a porta. Quanto a gerente, apavorada, chamou o 911, o SIS cancelou as chamadas por viaturas e esperou do lado de fora enquanto os assaltantes ameaçaram-na com armas (que na verdade eram de brinquedo), tamparam a sua boca, braços, pernas com fita, colocaram-na em um refrigerador e abriram o cofre. Quando os assaltantes saíram e entraram no carro, o SIS usou dois carros não identificados para bloquear a saída dos assaltantes, matando três e ferindo um, com 226 disparos de revólver e pistola. Ao excluir a possibilidade de realizar uma rápida *Terry stop* para prevenir tal chacina, o Chefe de Polícia do LAPD Daryl Gates disse: "Se eles [o SIS] tivessem os retido do lado de fora [do restaurante antes que eles entrassem], eles [os suspeitos] estariam livres por fiança hoje, e provavelmente roubando outra pessoa... Agora não haverá mais nenhum desses assaltos no McDonald's. Talvez nós tenhamos conseguido algo". (FYFE, 1998, p. 1.242, tradução livre)

Esse caso evidencia que a realização de uma *stop and frisk* investigativa e protetiva, com suporte em suspeita razoável, conforme autorizado pela Suprema Corte em *Terry v. Ohio*, permite interromper a prática delitiva nos estágios iniciais e evitar, assim, uma reação letal em face de um crime violento em estágio avançado de execução.

Contudo, posteriormente ao julgamento do caso *Terry*, divorciando-se desse uso pontual e seletivo da *stop and frisk* amparado em suspeita razoável de atividade criminosa e de porte de arma pelo indivíduo, disseminaram-se opiniões favoráveis à prática difusa e irrestrita da *stop and frisk* como medida de prevenção à criminalidade, independentemente de eventual caráter discriminatório e a partir do abandono das diretrizes fixadas pela Corte no caso *Terry*.

Nesse sentido são as manifestações, por exemplo, de James Wilson e Lawrence Sherman. Este, fundamentando-se em pesquisa realizada em Kansas, aduziu que abordagens estrategicamente realizadas em locais de alta criminalidade podem reduzir crimes com arma de fogo, ao aumentar as apreensões de armas ilegais (SHERMAN; SHAW; ROGAN, 1995). Contudo, Sherman desconsidera a quantidade de abordagens a inocentes e a desproporção entre

negros inocentes e brancos inocentes abordados – para cada arma apreendida durante a pesquisa, pelo menos vinte e sete revistas foram realizadas em face de inocentes, os quais, em sua esmagadora maioria, eram negros (SCHWARTZ, H., 1995, p. 319-322).

Trilhando orientação similar, James Q. Wilson (1994) aponta que o método mais efetivo de coibir o porte ilegal de armas de fogo é por meio da prática generalizada de *stops and frisks* no espaço público. Wilson (1994) defende então a admissão de abordagens generalizadas, pois estas seriam tornadas raras quando os policiais se confrontam com a preocupação de suas revistas serem invalidadas em função do não cumprimento de parâmetros constitucionais ou de serem acusados de abuso de autoridade. Para Wilson, essa preocupação desencoraja as abordagens e contribui para a ineficácia do controle de armas de fogo no país e, conseqüentemente – segundo a sua teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*)³⁰⁸ –, para o aumento geral da criminalidade no país. Nesse sentido, Wilson aponta que o fato de que pessoas inocentes serão abordadas, e de que minorias étnicas provavelmente o serão mais frequentemente, é problemático apenas pelo risco de criação de uma tensão conflituosa entre a comunidade minoritária e o aparato policial (SCHWARTZ, A., 1995). Assim, o problema é enfrentado pela perspectiva da ordem e da estabilidade social, sem nenhuma preocupação com a sistemática violação de direitos decorrente de práticas institucionalizadas de discriminação.

Esse uso generalizado da *stop and frisk* como tática de policiamento urbano implica a desfuncionalização da medida – assim como detectado no cenário brasileiro. Com efeito, tal como formatada pela Suprema Corte no caso Terry, a *stop* tem propósito investigativo e a *frisk* tem propósito protetivo e associa-se a uma situação particularizada e individualizada em que a intervenção policial é necessária. No entanto, ao transmudar-se em mecanismo rotineiro de policiamento, tal como defendido por Sherman e Wilson, passa a visar à prevenção geral.

A desfuncionalização do ato é, também no cenário estadunidense, paralela à duplicidade da noção de suspeita. Nesse sentido, Fyfe (1998, p. 1.240) nota que os policiais retêm (*stop*) indivíduos em duas situações: a partir da suspeita particularizada de um crime específico, ou a partir de uma suspeita genérica de que a pessoa é, no vernáculo policial, “errada” ou “suja”. Fyfe (1998, p. 1.241) aponta que apenas o primeiro tipo de retenção (investigativa) foi autorizado em Terry, mas é comumente confundido com o segundo. Assim,

³⁰⁸ Wilson é coautor, juntamente com George Kelling, da *broken windows theory* (teoria das janelas quebradas), com cujas premissas parece coadunar-se a sua defesa da propagação da *stop and frisk*. Segundo esta teoria, o Estado deve esforçar-se monitorar ostensivamente o espaço público, de modo a prevenir o vandalismo e pequenos delitos com o objetivo de evitar crimes mais graves.

as retenções, que deveriam visar à investigação de um delito, são usadas para assediar pessoas ou garantir que não saiam das áreas às quais os policiais acreditam que elas “pertencem”.

Quanto ao ponto, Jon Gould e Stephen Mastrofsky (2004) alertam que retenções inconstitucionais (do segundo tipo) são feitas a partir de um filtro seletivo embasado em características do suspeito. Por isso, pessoas com menor poder social, político ou econômico estão sob maior risco de retenções ilegais. A desfuncionalização da medida, então, é acompanhada por um incremento do risco de incidência discriminatória do poder policial, viabilizado pelo caráter vago e genérico da suspeição que ampara as retenções do segundo tipo.

Nesse cenário, após observação direta de 115 (cento e quinze) buscas em face de transeuntes³⁰⁹, Gould e Mastrofsky (2004) aferiram que, mesmo usando parâmetros conservadores, cerca de um terço das buscas não cumpriram os requisitos mínimos de constitucionalidade, aproximando-se das retenções do segundo tipo. Contudo, quase nenhuma delas foi visível ao Poder Judiciário³¹⁰, o que, para os autores, permite que os policiais levem a Quarta Emenda “ao limite” ou mesmo para além do legalmente permissível.

A esse respeito, Fyfe (1998) argumenta então que o controle de validade da *stop and frisk* não é simplório e destaca a dificuldade de controlar a falsidade do depoimento dos policiais e o apoio popular a medidas policiais ilegais. Por isso, defende que o melhor modo de limitar a discricionariedade policial não seria mediante controle judicial, mas sim pela regulamentação administrativa da atividade policial e pela imposição de disciplina pelas próprias polícias.

Os fatos apresentados por Fyfe, contudo, não deixam dúvida sobre a importância da aplicação concomitante do controle judicial em relação aos demais mecanismos de controle da polícia. Fyfe (1998) observa que o caso *Terry v. Ohio* teve pouco impacto nas ações do NYPD, pois desde 1964 a prática da *stop and frisk* já era regulada na legislação estadual nova-iorquina.

³⁰⁹ Aferiu-se que nenhuma das buscas foi precedida de mandado. Em uma delas, aborda-se um ciclista que corresponderia à descrição de um suspeito de tráfico de drogas concedida por um denunciante anônimo. O ciclista alega não estar envolvido com o tráfico, mas os policiais não acreditam e revistam-no extensivamente, incluindo testículos e ânus. Nada encontram em seu desfavor.

³¹⁰ Mesmo antes do julgamento de *Terry*, a inclusão do § 180-a no *NY Criminal Procedure Code*, em 1964, já havia suscitado a questão da dificuldade do controle judicial da *stop and frisk*, cuja baixa visibilidade ao Judiciário poderia encetar uma ampla gama de abusos do poder policial (SCHWARTZ, H., 1967). A pesquisa de Gould e Mastrofsky confirmou esse receio. Ao analisar os resultados da pesquisa de Gould e Mastrofsky, Fyfe (2004) ressalta que é demasiado alto o percentual de 30% de buscas inconstitucionais. Observa que, embora a violação da lei seja comumente justificada pela suposta dificuldade de observância das normas aplicáveis, estas não são complicadas (2004, p. 380). Gould e Mastrofsky (2004, p. 316-318), de sua parte, relacionam o alto número de buscas inconstitucionais ao encorajamento à proatividade encetada pelo policiamento comunitário e pela guerra às drogas, as quais se imiscuem em táticas de “manutenção agressiva da ordem” que são “sensíveis em relação à *Bill of Rights*” (2004, p. 318). Ponderam que as buscas inconstitucionais não foram feitas por policiais alinhados ao estereótipo do policial predisposto a desobedecer às leis (“*Dirty Harry*”). Ao contrário, eram policiais-modelo que expressaram o desejo de tratar bem todos os cidadãos, incluindo os suspeitos. As ilegalidades eram então vistas como intervenções normais e não foram questionadas pela hierarquia policial, pelos tribunais, ou pela sociedade.

Quanto à lei, Fyfe (1998) reconhece que havia um reconhecimento de que sua constitucionalidade poderia ser questionada judicialmente, razão pela qual foram construídas diretrizes para limitar e conter esse poder policial. Assim, embora a lei possuísse apenas dois breves parágrafos, cinco páginas de exigências, limitações, proibições e exemplos foram utilizadas para regulamentar a lei, blindando-a de questionamentos judiciais. Nesse passo, nota-se que foi exatamente a perspectiva do controle judicial de validade que impeliu as polícias a de antemão delimitar o exercício de seu poder, resguardando a validade da própria lei.

Por outro lado, embora Fyfe (1998) ressalte a importância dos sistemas de recompensa e disciplina internos às corporações policiais como método de controle da atuação policial, ele próprio destaca que os chefes de polícia preferem a ambiguidade quanto à esfera de intervenção lícita de seus subordinados e não visualizam efetivo prejuízo em abordagens ilegais, as quais serviriam para demonstrar que os policiais estão “fazendo o seu trabalho”. Por isso, o controle interno mostra-se por si só insuficiente para garantir a legalidade das abordagens policiais.

Fyfe (1998) anota, ademais, que o NYPD possui um formulário de registro das *stops and frisks* (UF-250 – *Unified Form 250: stop, question and frisk report worksheet*), que, contudo, não é utilizado como um instrumento de controle de constitucionalidade da medida, mas sim como um instrumento de monitoramento da presença de determinados suspeitos em alguns locais. O formulário possui opções objetivas pré-determinadas que devem ser assinaladas pelo policial em cada caso concreto para identificar as circunstâncias que levaram à abordagem³¹¹. Greg Ridgeway (2007), assim como Fyfe (1998), ressalta que o formulário foi elaborado a partir de uma preocupação com a eficiência da investigação, e não com o controle *a posteriori* da validade da abordagem policial. Nota então que os chefes de polícia exigem que formulário seja sempre completo e detalhado, mas não há exigência de que toda abordagem seja registrada em um formulário. Assim, embora os policiais tenham um incentivo para documentá-las a fim de demonstrar produtividade, podem deliberadamente deixar de documentar aquelas cuja legalidade for controversa.

Ante tais aspectos, observa-se que, sem a contraposição judicial às arbitrariedades policiais, não há como esperar que as próprias polícias delimitem e fiscalizem autônoma e suficientemente o poder de reter e revistar indivíduos nos espaços públicos. A perspectiva de invalidação dos resultados de práticas inconstitucionais por meio do controle judicial é, pois, um elemento central – embora, certamente, não o único – para a sua funcionalização e conformação às diretrizes constitucionais.

³¹¹ Há cópia do inteiro teor do formulário em RIDGEWAY, 2007, p. 44-45.

4.2.8. *Os quatro tipos de abordagem policial segundo a Corte de Apelações de New York*

Após o julgamento de *Terry v. Ohio* e *Sibron v. New York*, o Poder Legislativo do Estado de New York, em 1971, incluiu no *Criminal Procedure Law* o § 140.50³¹², que autorizava a prática da *stop, question and frisk* já com base nas determinações da Suprema Corte³¹³. Por sua vez, com base na dicção da Constituição e do *Criminal Procedure Law* de New York, a Corte de Apelações do Estado definiu que mesmo encontros entre policiais e indivíduos que não configuram uma retenção (*stop*) devem obedecer a alguns requisitos³¹⁴. Para tanto, parte-se da premissa de que “encontros entre policiais e cidadãos na rua evocam os aspectos mais sutis das garantias constitucionais”³¹⁵, razão pela qual, além de estabelecer requisitos para uma prisão em sentido estrito (*arrest*), é também necessário regulamentar a miríade de outras interações cotidianas entre policiais e cidadãos, entre as quais se inserem as retenções investigativas (*stops*) e os interrogatórios realizados na rua (*field interrogation*). Esses tipos de interação entre policiais e cidadãos não podem decorrer de arbítrio ou capricho policial e submetem-se ao controle judicial. A esse respeito, salienta a Corte nova-iorquina:

³¹² § 140.50: ”Temporary questioning of persons in public places; search for weapons. 1. In addition to the authority provided by this article for making an arrest without a warrant, a police officer may stop a person in a public place located within the geographical area of such officer's employment when he reasonably suspects that such person is committing, has committed or is about to commit either (a) a felony or (b) a misdemeanor defined in the penal law, and may demand of him his name, address and an explanation of his conduct. 2. Any person who is a peace officer and who provides security services for any court of the unified court system may stop a person in or about the courthouse to which he is assigned when he reasonably suspects that such person is committing, has committed or is about to commit either (a) a felony or (b) a misdemeanor defined in the penal law, and may demand of him his name, address and an explanation of his conduct 3. When upon stopping a person under circumstances prescribed in subdivisions one and two a police officer or court officer, as the case may be, reasonably suspects that he is in danger of physical injury, he may search such person for a deadly weapon or any instrument, article or substance readily capable of causing serious physical injury and of a sort not ordinarily carried in public places by law-abiding persons. If he finds such a weapon or instrument, or any other property possession of which he reasonably believes may constitute the commission of a crime, he may take it and keep it until the completion of the questioning, at which time he shall either return it, if lawfully possessed, or arrest such person. 4. In cities with a population of one million or more, information that establishes the personal identity of an individual who has been stopped, questioned and/or frisked by a police officer or peace officer, such as the name, address or social security number of such person, shall not be recorded in a computerized or electronic database if that individual is released without further legal action; provided, however, that this subdivision shall not prohibit police officers or peace officers from including in a computerized or electronic database generic characteristics of an individual, such as race and gender, who has been stopped, questioned and/or frisked by a police officer or peace officer”.

³¹³ Cf. <http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072495-StopFriskReport.pdf> Acesso em 28/7/2016

³¹⁴ *People v. DeBour* 40 N.Y. 2d 210 (1976)

³¹⁵ *People v. Cantor*, 36 NY2d 112 (1975)

Um aspecto do *law enforcement* merece particular menção e tal aspecto é a área da prevenção criminal. Uma vez que tal função é altamente suscetível a abusos subconstitucionais, deve ser submetida a controle mais rigoroso; pois embora o distintivo de um policial possa ser um símbolo da confiança da comunidade, ele nunca deve ser considerado uma licença para oprimir.³¹⁶

A Corte diferencia, então, quatro tipos de encontros entre policiais e cidadãos no espaço público. Em síntese, um encontro de nível 1 é voluntário e desprovido de qualquer propósito investigativo contra o indivíduo abordado (um não-suspeito). Um encontro de nível 2, por sua vez, há um propósito investigativo contra o indivíduo abordado (suspeito), embora com fundamentação genérica, razão pela qual se trata ainda de um encontro voluntário, em que o policial não tem elementos para restringir a liberdade ambulatorial do indivíduo abordado. Um encontro de nível 3, por sua vez, é coercitivo: trata-se da retenção investigativa (*stop*) de um indivíduo com base em uma suspeita razoável e individualizada de que ele praticou, está praticando ou está prestes a praticar um delito. E um encontro de nível 4, ao cabo, também é coercitivo e dotado de maior intrusividade: trata-se de uma prisão (*arrest*), que pode ser acompanhada de uma busca (*search*).

Assim, uma aproximação para mero pedido de informações (*request for information*) configura um encontro de nível 1, o qual não requer nenhuma suspeita de atividade criminal, embora deva ser motivado por uma razão objetiva e verossímilhante³¹⁷. Como exemplo, a Corte refere-se à hipótese de policiais que indagam transeuntes sobre os pais de uma criança perdida. Esse tipo de encontro não é motivado pela suspeita de que o indivíduo abordado está engajado em conduta ilícita. Deve então estar totalmente desprovido de componentes de intimidação.

Em um encontro de nível 1, então, independentemente do quão calmo e respeitoso é o tom das indagações feitas, o policial não pode causar no indivíduo a inferência razoável de que ele é suspeito da prática de um crime. Além disso, o encontro de nível 1 é caracterizado pelo fato de que, em todos os momentos, a pessoa sente-se livre para ir embora, razão pela qual o policial, para que este não se torne uma retenção, não pode criar uma situação (seja por palavras, seja por ações) em que a pessoa não se sente livre para ir embora. Nesse nível, então, perguntas acusatórias (*accusatory questions*) não são realizadas e não pode o policial solicitar para realizar

³¹⁶ *People v. DeBour* 40 N.Y. 2d 210, p. 220

³¹⁷ Em 1973, foi editado o *Model Rules for Law Enforcement: Stop and Frisk* (RULEMAKING, 1973), um manual para a *stop and frisk*, o qual foi aprovado nos estados de Cincinnati, Dade County, Dallas, Dayton, District of Columbia, Kansas City, Oakland, Phoenix, San Antonio, San Diego e San Jose.

uma busca (*search*) consentida, o que o descaracterizaria. Mesmo que o indivíduo consinta com a revista, os objetos apreendidos serão ilícitos por derivação (*fruits of poisonous tree*)³¹⁸.

Por outro lado, se o policial tem uma “fundada suspeita de que atividade criminosa está em andamento” (*founded suspicion that criminal activity is afoot*)³¹⁹, então procede a um encontro de nível 2 (*right to inquiry*), em que é possível dirigir perguntas acusatórias ao indivíduo ou solicitar pelo consentimento para uma busca. Nesse caso, o foco da abordagem é o combate à criminalidade, então a pessoa deve poder inferir que é suspeita, mas ainda assim se sentir livre para ir embora e recusar a responder as perguntas ou colaborar. Em um encontro de nível 2, o policial não pode seguir (*pursue*) o indivíduo, o que já implicaria uma restrição à liberdade equiparável a uma detenção (*seizure*) de acordo com as leis nova-iorquinas³²⁰.

Também no encontro de nível 2, portanto, o policial não deve criar uma situação (seja por palavras, seja por ações) em que a pessoa não se sinta livre para ir embora³²¹. Se tal situação for criada, então está-se diante de um encontro de nível 3, que constitui uma retenção (*stop*), abordagem de caráter coercitivo, em que há a restrição da liberdade do indivíduo. Para esta, requer-se que o policial tenha a suspeita individualizada e razoável de atividade criminosa (“*individualized, reasonable suspicion of criminal activity*”).

Para um encontro de nível 3, em que o indivíduo é retido, seja por coação física, seja por coação psicológica decorrente de uma demonstração de força ou autoridade, a Corte exige uma “justificativa articulável”, pois tal intervenção já constitui uma “interrupção significativa da liberdade de locomoção do indivíduo”³²² e, portanto, uma espécie de detenção (*seizure*), conforme decidido pela Suprema Corte. Não basta, pois, uma suspeita genérica ou meramente intuitiva para um encontro de nível 3. Por fim, o último tipo de encontro, de nível 4, constitui uma prisão propriamente dita (*arrest*), uma grave e intrusiva privação à liberdade do indivíduo, em regra caracterizada pela condução coercitiva à delegacia, para a qual se exige mandado e causa provável, nos termos da Quarta Emenda.

Não há linha demarcatória clara e hermética entre essas modalidades. Em especial no que toca à distinção entre os encontros de nível 2 e 3, há que se ponderar que a mera aproximação de um policial fardado possui um componente coercitivo, devido à chamada “tendência de submissão perante o distintivo” (*tendency to submit to the badge*). Assim,

³¹⁸ *People v. Hollman* 79 N.Y. 2d 181, p. 194

³¹⁹ *People v. Cantor*, 36 NY2d 114; *People v. Rosemond*, 26 NY2d 101; *People v. Rivera*, 14 NY2d 441

³²⁰ *People v. Martinez* 80 N.Y. 2d 444, p. 447

³²¹ Cf. parâmetros fixados pela Suprema Corte em *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 545 (1980) e *Florida v. Royer*, 460 U.S. 502 (1983).

³²² *People v. Cantor*, 36 NY2d 111 (1975)

trejeitos, modo de aproximação, tom de voz e assertivas do policial já podem caracterizar a abordagem como coercitiva (de nível 3), ainda que não haja ordem explícita de parada.

Ademais, cabe ponderar que encontros de nível 1 ou de nível 2 podem eventualmente fornecer ao policial embasamento para a suspeita razoável de que a pessoa abordada está cometendo, cometeu ou está prestes a cometer um crime, necessária para que a abordagem se torne uma retenção (*stop*), de nível 3. Se o policial tiver também a suspeita razoável de que a pessoa está armada e representa um perigo, pode proceder a uma *frisk*. E se obtiver causa provável, pode proceder a um encontro de nível 4.

Portanto, em síntese, a Corte nova-iorquina observa que os policiais podem, assim como qualquer outro cidadão, dirigir a palavra aos indivíduos que transitam no espaço público urbano, porém a possibilidade de uso da força impele à necessidade de distinguir entre encontros voluntários (de nível 1 – sem suspeita – ou nível 2 – com suspeita) e coercitivos (de nível 3 – retenção – ou nível 4 – prisão), cujo nível mais gravoso de restrição à liberdade e à privacidade implica condições gradativamente mais rigorosas de validade.

4.2.9. O caso *Floyd, et al. v. City of New York, et al.* (2013)

O papel do controle judicial para a delimitação do poder policial de reter e revistar indivíduos no espaço público assumiu o cerne dos debates jurídicos em 2013, quando, no julgamento da *class action* *Floyd, et al. v. City of New York, et al.*³²³, a juíza Shira A. Scheindlin, da Corte Federal de Manhattan, reconheceu a inconstitucionalidade do modo como foi praticada a *stop and frisk* pelo NYPD entre 2004 e 2012.

A *class action* foi proposta por 12 (doze) indivíduos, todos negros ou hispânicos, os quais argumentaram que foram retidos (*stopped*) por policiais do NYPD sem suspeita razoável da prática de delito, em violação à Quarta Emenda, e, ainda, que foram escolhidos em virtude de sua raça, em violação à Décima Quarta Emenda. Ao fim, reivindicaram a alteração das praxes do NYPD orientada à conformação à Constituição.

No limiar da decisão, a juíza Scheindlin reconheceu que o caso trata da tensão entre liberdade e segurança pública, especialmente no que toca ao uso da *stop and frisk* como medida de policiamento proativo. Ressaltou-se: “Em cada uma dessas *stops*, a vida de uma pessoa foi interrompida. A pessoa foi detida e interrogada, frequentemente em uma rua pública”. O pleito foi então analisado com base na Quarta e Décima Quarta Emendas à Constituição, no § 140.50

³²³*Floyd, et al. v. City of New York, et al.* 959 F. Supp. 2d 540 (2013).

Disponível em: <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=317> Acesso em 15/3/2016

do *Criminal Procedure Law* de New York, e nos precedentes pertinentes da Suprema Corte e da Corte de Apelações do Estado de New York.

O julgamento foi marcado pelo exame das estatísticas do NYPD relativas às *stops and frisks* feitas entre 2004 e 2012, bem como pelo exame das 19 (dezenove) *stops and frisks* que foram individualmente sofridas pelos autores da *class action*.

Com suporte nos dados oficiais do NYPD³²⁴, destacou-se que, entre janeiro de 2004 e junho de 2012, os policiais retiveram (*stopped*) cerca de 4,4 milhões de pessoas – a maioria negros e hispânicos – e revistaram (*frisked*) as vestes e bolsos de mais de 2 milhões dessas pessoas. No entanto, constatou-se que 88% dos retidos foram liberados sem acusação formal e que em apenas 1,5% das revistas foram encontradas armas.

Observou-se, ademais, que esses números se inseriam em uma tendência crescente de quantidade de abordagens e decrescente de qualidade da fundamentação da abordagem: o número de abordagens por ano subiu entre de 341.000 em 2004 para 686.000 em 2011, ao passo que, entre 2004 e 2009, o percentual de abordagens em que o policial não foi capaz de definir um crime específico sob suspeita subiu de 1% para 36%.

Por outro lado, notou-se que 52% das pessoas abordadas eram negras, 31% hispânicas e 10% brancas (ao passo que a população nova-iorquina é 23% negra, 29% hispânica e 33% branca): 83% de abordagens contra negros e hispânicos. Quanto ao uso da força contra o abordado, repetiu-se a disparidade racial: ocorreu em 23% das abordagens de negros, 24% de hispânicos e 17% de brancos. Esse maior rigor da abordagem em face de negros e hispânicos, contudo, não se refletiu em maior efetividade da intervenção policial: armas foram apreendidas em 1% das abordagens de negros, em 1,1% de hispânicos e em 1,4% de brancos, ao passo que outro tipo de material ilícito (diverso de armas) foi apreendido em 1,8% das abordagens de negros, em 1,7% das abordagens de hispânicos e em 2,3% das abordagens de brancos.

Essas estatísticas oficiais foram corroboradas pela análise particularizada das abordagens especificamente sofridas pelos autores da *class action*. Foram analisadas 19 (dezenove) *stops and frisks*³²⁵, todas em face de negros e hispânicos. Em 9 (nove) delas, a própria retenção (*stop*) já foi reputada inconstitucional, por carecer de suspeita razoável de

³²⁴ Conforme levantamento do NYPD, aproximadamente nove entre dez indivíduos “detidos e revistados” (*stopped and frisk*) são ou negros ou hispânicos. De 685.724 *stops and frisks* em 2011, 53% eram negros, 34% latinos, 9% brancos e 3% asiáticos. O censo de New York, porém, retrata outra repartição: 34,3% brancos, 29,4% hispânicos e 23,4% negros. Na periferia, por sua vez, (Brooklin, parte leste e Cypress Hill), a proporção é ainda mais díspar: 97% dos detidos e revistados são negros ou hispânicos; população de 53,5% negros, 37,9% hispânicos, 5,1% asiáticos e 3,5% brancos. Dados compilados em reportagem disponível em: <http://edition.cnn.com/2013/02/05/us/new-york-stop-and-frisk> Acesso em 29/09/14

³²⁵ Em 12 foram colhidos os depoimentos do indivíduo e do policial envolvidos e em 7 só foi ouvido o indivíduo, seja porque o policial não foi identificado, seja porque não reconheceu ter feito a abordagem.

prática de crime. Nas outras 10 (dez), identificou-se suspeita razoável de crime, mas em 5 (cinco) delas a revista (*frisk*) subsequente foi inconstitucional. Assim, em 14 (catorze) das 19 (dezenove) *stops and frisks*, foi identificada violação à Quarta Emenda.

Ante esse acervo probatório, identificou-se violação à Quarta Emenda, em virtude da prática de *stops and frisks* sem suspeita razoável de crime e/ou ocultação de arma. Reconheceu-se, ainda, violação à Décima Quarta Emenda, pois as *stops and frisks* estavam sendo embasadas na raça³²⁶. Assim, prolatou-se decisão em apartado³²⁷ na qual foram determinadas medidas (*remedies*) a serem tomadas pelo NYPD a fim de conformar a *stop and frisk* à Constituição.

Para tanto, a juíza esclareceu de início os fundamentos que autorizam uma abordagem (*stop*) e uma revista (*frisk*), bem como os caracteres que distinguem uma da outra. Observou que o NYPD mantém duas políticas em relação à prática da *stop and frisk*: uma política escrita que requer suspeita razoável para a abordagem, e outra política não escrita que encoraja abordagens “nas pessoas certas, no momento certo, no local certo”, assim como já haviam ressaltado Fyfe (1998) e Gould e Mastrofsky (2004). Esta última política teria desencadeado a incidência desproporcional de abordagens de negros e hispânicos, com base em fundamentos menos consistentes e com maior uso da força quando comparadas às abordagens de brancos. A juíza observou, contudo, que, ante a análise das estatísticas, o uso da filtragem racial não se justifica nem mesmo sob a perspectiva da eficiência, haja vista que as abordagens em brancos são mais efetivas do que em negros, o que se contrapõe ao argumento de que concentração de abordagens em negros se dá porque estes estão mais comumente envolvidos em crimes.

Nesse passo, a juíza objetivou discernir essas duas modalidades de abordagem, ressaltando que uma retenção (*stop*) exige uma suspeita individualizada da prática de um delito e não se confunde com uma suspeição vaga e generalizada a respeito de determinado indivíduo. No ponto, notou que o próprio formulário de *stops and frisks* do NYPD (UF-250) incitaria à prática de *stops and frisks* inconstitucionais, haja vista que as permitia com base na mera

³²⁶ Em relação à violação à Décima Quarta Emenda, reconheceu-se a responsabilidade do NYPD, tendo em vista (1) práticas de filtragem racial indireta com base em dados sobre suspeitos de crimes em determinados locais (*local criminal suspect data*) e (2) indiferença deliberada dos superiores hierárquicos em relação à aplicação intencionalmente discriminatória da *stop and frisk*. No que toca à filtragem racial indireta, esta foi reconhecida tanto em virtude de classificações expressas (cujas validades dependeria de escrutínio estrito), quanto em virtude de aplicação discriminatórias de leis aparentemente neutras. Em relação às classificações expressas, notou-se que há no NYPD uma política não-escrita de abordar “as pessoas certas”, a qual resulta em abordagens generalizadas a negros e hispânicos. A aplicação discriminatória transpareceu nas estatísticas, que mostraram que: (1) o NYPD faz mais abordagens onde há mais moradores negros e hispânicos; (2) os policiais tendem a abordar mais negros e hispânicos do que brancos; (3) os policiais utilizam a força contra negros e hispânicos do que contra brancos e (4) os policiais abordam negros e hispânicos com menos justificativas do que brancos.

³²⁷ Disponível em: <https://ia801902.us.archive.org/28/items/750414-floyd-v-city-of-ny-remedial/750414-floyd-v-city-of-ny-remedial.pdf> Acesso em 15/3/2016

percepção de “movimentos furtivos” não especificados e com base na mera presença do indivíduo em “área de alta criminalidade”. Salientou então que a percepção de “movimentos furtivos” não basta para uma retenção: deve-se descrever a natureza de tais movimentos a fim de se aferir se indicam razoavelmente a prática de um crime³²⁸. Presença em “área de alta criminalidade”³²⁹ ou descrição genérica compatível (tal como gênero e raça) com a de um suspeito procurado tampouco bastam:

“Movimentos furtivos” são um fundamento insuficiente para uma *stop and frisk* se o policial não consegue articular nada mais específico sobre a natureza suspeita do movimento. O mesmo raciocínio se aplica a uma “área de alta criminalidade” (*high crime area*). Ademais, nenhuma pessoa deve ser abordada exclusivamente porque corresponde a uma descrição vaga ou genérica – tal como “homem jovem negro de 18 a 24 anos” – sem maiores detalhes ou indícios de confiabilidade.

Assim, as seguintes medidas/remédios foram determinadas ao NYPD: 1) revisão das políticas e do treinamento no que toca à *stop and frisk* e à filtragem racial a fim de conformar-se à Constituição dos EUA e às leis nova-iorquinas; 2) revisão do formulário “*stop, question and frisk report worksheet*” (formulário UF-250), notadamente por meio da: (I) inclusão de seção de narrativa em que o policial deve registrar o motivo (*basis*) para a abordagem (*stop*); (II) inclusão de explicação em apartado do motivo para a revista (*frisk*); (III) simplificação e melhoria do sistema objetivo de *checkbox* (no qual o policial identifica a situação em uma opção previamente apontada no formulário), já em uso pelo NYPD; 3) reforma do sistema de supervisão, monitoramento e disciplinamento, incluindo: (I) supervisão hierárquica da constitucionalidade das abordagens; (II) alterações no processo de imposição de disciplina aos policiais; e (III) monitoramento e investigação das reclamações dos civis sobre o uso da filtragem racial pelo NYPD; 4) utilização de câmeras nas vestes dos policiais, em projeto de um ano, em um *precint* por bairro (naquele em que tiver ocorrido mais abordagens desde 2012).

Tais remédios foram determinados com o objetivo de reduzir a prática arbitrária e o uso da filtragem racial na execução da *stop and frisk*. Reconheceu-se que para a eliminação da prática discriminatória da medida não é suficiente a vedação da abordagem motivada exclusivamente pela raça, mas envolve, em especial, a rejeição da abordagem feita com base em considerações vagas e nebulosas quanto à atitude do indivíduo, que funcionam como

³²⁸ A Suprema Corte já decidiu que uma *stop and frisk* não pode ser feita a partir de denúncia anônima sem elementos que lhe confirmem confiabilidade e verossimilhança. Cf. *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990); *Florida v. J.L.* 529 US 266 (2000).

³²⁹ Nesse sentido já se pronunciou a Suprema Corte no caso *Illinois v. Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).

fundamentos pretextuais para uma intervenção discriminatória. Assim, em 2015, o NYPD editou um memorando³³⁰ em que apresenta novas instruções aos policiais no que toca à prática da *stop and frisk*. Nele, são apresentados os parâmetros constitucionais para a execução dessa medida e veda-se o uso de raça, cor, etnia ou origem nacional como motivo para a intervenção policial proativa. Esta deve, então, sempre estar atrelada a características de identificação além da raça que se vinculem a uma descrição de um suspeito.

As medidas determinadas pela magistrada seguem-se, pois, à contundente verificação da filtragem racial por parte do NYPD e conformam uma tentativa de conformar as práticas policiais às diretrizes constitucionais. O devido cumprimento do julgado, contudo, exige maior cautela não só por parte dos policiais, mas também do aparato jurisdicional, responsável por fiscalizar e controlar a atividade policial e garantir a efetividade dos direitos constitucionais na atividade de *law enforcement*.

4.2.10. Os (recentes) efeitos da decisão do caso Floyd

A decisão proferida pela juíza Shira A. Scheindlin provocou acaloradas discussões no meio jurídico e entre os cidadãos nova-iorquinos em geral, em especial por ter sido publicada durante o período eleitoral, em que os candidatos a prefeito de New York apresentavam propostas diversas quanto aos métodos de policiamento urbano.

Em debate publicado logo após o julgamento, David Rudovsky e Lawrence Rosenthal (2013) apresentam diferentes perspectivas. Rudovsky argumenta que a decisão demonstra a importância da análise estatística para o exame da constitucionalidade de práticas policiais como a *stop and frisk*, haja vista que, no caso, forneceu uma prova empírica da violação à Quarta e à Décima Quarta Emenda, em virtude do *racial profiling*, de difícil comprovação a partir da análise de casos individuais isolados. Em resposta, Rosenthal argumenta que a *stop and frisk* exige parâmetros menos rigorosos do que aqueles exigidos na decisão, a qual não teria considerado explicações não-discriminatórias, tais como a diferença no número de crimes por raça para explicar a maior incidência de *stops* em face de minorias. Para ele, a decisão levará os policiais à inação, pois os requisitos impostos os farão preferir “continuar nas lojas de *donut*” em vez de praticar *stops and frisks*, o que abrirá caminho para o aumento de crimes na cidade.

³³⁰ Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/257669291/Stop-and-Frisk-Memo> Acesso em 15/3/2016

A decisão proferida pela juíza Scheindlin – em face da qual o prefeito eleito, Bill de Blasio, optou por não recorrer – ainda produz recentes efeitos, os quais têm sido aferidos por um fiscal (*monitor*) especialmente designado para tanto (Peter L. Zimroth). Os relatórios por ele elaborados estão disponíveis na internet. No primeiro³³¹, ressaltou-se que, em função da alta tensão entre a polícia e minorias raciais/imigrantes, havia dificuldades na implementação da decisão. Atribuiu-se destaque à ausência de registro de várias *stops and frisks* e à incerteza dos policiais quanto às condições de validade dessa intervenção policial. No segundo³³², registra-se o acentuado decréscimo no número de abordagens: em 2011, o ápice, foram realizadas 685.724 *stops*. Esse número caiu para 45.787 em 2014 (6,67% do número de 2011) e para 22.989 em 2015 (3,35% do número de 2011)³³³. Para o monitor, o dado deve ser visto com parcimônia, pois o foco não deve ser na quantidade de retenções, mas sim na sua constitucionalidade.

Zimroth ressalta, então, que os policiais do NYPD ainda não internalizaram as regras atinentes à *stop and frisk* e têm dificuldade em segui-las. Embora relatem menor pressão para cumprir metas quantitativas de *stops and frisks*, ainda são parcialmente avaliados com base na quantidade de *stops and frisks* que fazem. Assim, entre 1º de julho e 30 de setembro de 2015, foi aplicado em algumas regiões um programa piloto com um novo formulário de *stops and frisks*, mais detalhado do que o UF-250. Foram registradas pouco mais de 600 (seiscentas) *stops*. Identificou-se queda de 20% do número de abordagens nesse programa piloto, em comparação com os locais em que estava sendo utilizado o UF-250. No entanto, sob o aspecto qualitativo, a revisão dos formulários revelou que 28% das *stops* foram feitas sem a indicação de suspeita razoável e articulada da prática de crime, 27% das *frisks* realizadas foram feitas sem a indicação de suspeita razoável de que a pessoa estivesse armada e representasse um perigo, ao passo que 16% das *searches* careceram de causa provável. Porém, em quase todos esses casos, o supervisor ratificou a existência de fundamento suficiente para a *stop, frisk* ou *search*.

Paralelamente aos relatórios publicados, as estatísticas do NYPD revelaram que, a despeito do decréscimo de *stops* desde 2011, elas continuam atingindo predominantemente inocentes: em 2014, o retido foi liberado sem acusação formal em 82% dos casos (entre 2004-2012 a média era 88%) e, em 2015, em 80% dos casos³³⁴. Manteve-se a disparidade racial: 53% negros e 27% hispânicos (2014), e 54% negros e 29% hispânicos (2015).

³³¹ Disponível em <http://nypdmonitor.org/wp-content/uploads/2015/08/MonitorsFirstReport-AsFiledInFloydDocket.pdf> Acesso em 02/08/2016

³³² Disponível em <http://nypdmonitor.org/wp-content/uploads/2016/02/2016-02-16FloydvCityofNY-MonitorsSecondStatusReport.pdf> Acesso em 02/08/2016

³³³ Dados disponíveis em <http://www.nyclu.org/content/stop-and-frisk-data> Acesso em 02/08/2016

³³⁴ Conforme dados oficiais do NYPD, compilados pelo New York Civil Liberties Union. Disponível no sítio <http://www.nyclu.org/content/stop-and-frisk-data> Acesso em 02/08/2016.

Por outro lado, as estatísticas revelaram que, concomitantemente à queda vertiginosa no número de *stops*, não houve alteração significativa no número de prisões feitas pelo NYPD. Em 2011, foram feitas 88.082 prisões por *felonies* (crimes graves). Em 2014, esse número foi de 89.306. Quanto aos *misdemeanors* (crimes de menor gravidade), em 2011 foram feitas 286.327 prisões e, em 2014, 259.600 (CHAUHAN *et al.*, 2015).

Por fim, também não se verificou alteração significativa nas estatísticas criminais. Os dados referentes a 2002 a 2013 já evidenciavam a ausência de correlação entre o número de *stops and frisks* e o número de crimes registrados na cidade (NYCLU, 2014). Em 2011, o ápice da prática de *stops and frisks* na cidade de New York (685.724) foi, não obstante, acompanhado por um crescimento de 1,5% no número de crimes registrados na cidade em relação ao ano anterior. De outra parte, em 2014, a redução de *stops and frisks* foi acompanhada pela queda do número de crimes mais graves (homicídio, estupro, roubo e outros crimes violentos) (ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015; NYCLU, 2015). Em 2015, por sua vez, o aumento do número de homicídios levou a indagações quanto à correlação com a diminuição da prática de *stops and frisks*. No entanto, já no primeiro trimestre de 2016, esse número voltou a cair³³⁵.

Corroboraram-se, pois, as assertivas de que a *stop and frisk* possui papel diminuto em relação à prevenção criminal, ao contrário do que comumente se afirma para defender a sua proliferação como tática de policiamento urbano (NYCLU, 2014). Nesse passo, já em 2016, o comissionário de polícia William Bratton e o prefeito Bill de Blasio ressaltaram, noutro sentido, que a diminuição do número excessivo de *stops and frisks* é positivo para a segurança pública porque permite focar na apuração de crimes graves e reduz a tensão entre polícia e minorias³³⁶.

4.3. Conclusão parcial: ineficiência da *stop and frisk*/busca pessoal como tática de policiamento preventivo e importância do controle judicial

O cotejo entre o tratamento conferido à busca pessoal no direito brasileiro e à *stop and frisk* no direito estadunidense – e em especial no direito nova-iorquino – revela que, em ambos os sistemas jurídicos, enfrentam-se alguns dilemas similares. Tanto no cenário brasileiro quanto no cenário estadunidense a duplicidade da noção de suspeição confere substrato à desfuncionalização da medida (busca pessoal/*stop and frisk*) e à sua incidência discriminatória.

³³⁵ Dados disponíveis em http://www.nyc.gov/html/nypd/downloads/pdf/analysis_and_planning/city-council-parks-report-1st-qtr-2016.pdf Acesso em 02/08/2016

³³⁶ Disponível em http://www.huffingtonpost.com/entry/nypd-low-crime-first-quarter-2016_us_5702b0dae4b0a06d580653e3 Acesso em 02/08/2016

Assim, os dados relativos à prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras e à prática da *stop and frisk* pelo NYPD permitem concluir que, em ambos os casos, essa intervenção raramente resulta na descoberta de crime, mas, ainda assim, é praticada como uma “afirmação da autoridade legal sobre o indivíduo pela polícia” (CHAUHAN *et al.*, 2015, p. 7, tradução livre).

Há, contudo, sensível diferença na reação do sistema judicial e da própria doutrina jurídica em relação a tal conformação. No direito brasileiro, como visto, a concepção doutrinária prevalente chancela o uso de uma noção vaga e genérica de suspeição como fundamento para a busca pessoal, o que permite que a medida seja praticada sem instrumentalidade probatória e a partir de critérios arbitrariamente manipuláveis pelos policiais em patrulha. Ademais, a jurisprudência do STF e do STJ não contém diretrizes ou parâmetros claros que auxiliem a análise da legalidade da medida. Ao contrário, despontam dois julgados com orientação oposta, sendo que o único julgado de reconhecimento da ilegalidade da busca pessoal é marcado por peculiar singularidade fática e pela ênfase em condições pessoais que conferem prestígio social ao revistado (advogado e pós-graduando) e assim dificultam a sua utilização como paradigma para o reconhecimento da ilegalidade das buscas cotidianamente realizadas pelas polícias em face de tipos sociais historicamente discriminados.

Verifica-se então que a prática generalizada da busca pessoal em face de jovens negros e pobres no Brasil é vista com naturalidade pela sociedade, pelas polícias e pelas próprias instituições de controle. Por conseguinte, em casos flagrantes de abuso, há uma tendência a tratá-los pela via da responsabilização disciplinar individual dos policiais envolvidos (“maçons podres”), sem que se avenge correlação com a institucionalização de práticas ilegais nas polícias. E, mesmo quando se visualiza algum defeito de nível institucional nas práticas policiais, não se visualiza correlação com a postura do Poder Judiciário ante tais práticas. Com isso, embora o Judiciário seja responsável pelo controle da legalidade dos procedimentos utilizados na persecução penal e esteja referendando as práticas ilegais utilizadas pelas polícias, não é visto como um dos coautores do cenário de ilegalidades policiais sistemáticas verificado.

Por outro lado, no direito estadunidense, observou-se que a *stop and frisk* é objeto da atenção do sistema judicial e da própria Suprema Corte desde 1968. Desde então, entende-se que a restrição da liberdade e da privacidade dos indivíduos, ainda que breve e superficial, não pode ser deixada sob escrutínio exclusivo das polícias, mas deve ser submetida ao controle judicial de legalidade. Assim, conquanto com avanços e retrocessos nas orientações prevalentes, contempla-se continuamente o Poder Judiciário como um importante protagonista da delimitação da esfera válida de intervenção dos policiais no espaço público urbano.

Nesse passo, observou-se que o tratamento vago conferido ao tema no direito brasileiro contrasta, em especial, com as tentativas de racionalização jurídica da *stop and frisk* no direito nova-iorquino. Destaca-se, em primeiro lugar, a tentativa da Corte de Apelações do Estado de New York de definir quatro tipos de abordagem policial no espaço público urbano, no intuito de racionalizar o poder policial e compatibilizar a viabilidade da investigação criminal e a tutela das liberdades individuais. E, em segundo lugar, destaca-se a decisão proferida na *class action* Floyd, *et al* v. City of New York, *et al*, a qual, a partir da análise de estatísticas sobre a prática da *stop and frisk* pelo NYPD, não apenas reconheceu a violação a direitos protegidos na Constituição, mas também determinou uma série de medidas a serem tomadas pelo departamento para evitar a perpetuação de tais violações.

Cabe ressaltar então que, a despeito de a ineficiência e a seletividade discriminatória despontarem como problemas em ambos os casos, assumem intensidade distinta. Nesse contexto, é oportuna breve comparação entre os dados quantitativos do NYPD e os dados quantitativos da SSP/SP e da SSP/DF (já apresentados no capítulo 2).

Como visto, no último ano (2015), o NYPD efetuou 22.986 *stops*. A população da cidade de New York (NYC), em julho de 2015, foi estimada em 8.550.405 habitantes pelo censo oficial³³⁷. Assim, o número de *stops* por ano equivale a 0,26% do número de habitantes. No mesmo ano, a SSP/SP registra que foram realizadas 16.930.538 revistas pessoais no Estado de São Paulo. Em julho de 2015, o IBGE estimou a população de SP em 44.396.484 habitantes³³⁸. Assim, o número de revistas por ano equivale a 38,1% do número de habitantes. Ainda quanto a esse mesmo ano, a SSP/DF registra que foram realizadas 1.341.069 abordagens a pessoas no DF. Segundo o IBGE, a população estimada do DF, em julho de 2015, era de 2.914.830 pessoas³³⁹. O número de revistas por ano é, pois, 46% do número de habitantes.

O contraste é marcante: o número de revistas por habitante, em SP, é cerca de 146,5 vezes o número de revistas por habitante em NYC. O número de revistas por habitante, no DF, é cerca de 176 vezes o número de revistas por habitante em NYC³⁴⁰. Paralelamente, observa-se

³³⁷ Disponível em <https://www1.nyc.gov/site/planning/data-maps/nyc-population/current-future-populations.page> Acesso em 12/10/2016

³³⁸ Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf Acesso em 12/10/2016

³³⁹ Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf Acesso em 12/10/16

³⁴⁰ Mesmo se compararmos os dados da SSP/SP e SSP/DF, de 2015, com os dados do NYPD relativos ao ano de 2011 (ano com maior número de *stops and frisks*), alcança-se ainda assim percentual muito superior nas UFs brasileiras. Em 2011, foram realizadas em New York 685.724 *stops*, o que equivale a 1.878 por dia. Em julho de

que, em SP e no DF, a partir de estimativa meramente argumentativa (considerando todas as prisões realizadas como decorrentes de abordagens a pessoas), o índice de efetividade (descoberta de crimes) das abordagens ficou respectivamente em 0,97% e em 2,3% em 2015, ao passo que, em NYC, com base em dados específicos sobre os crimes descobertos a partir de *stops*, a efetividade dessa medida foi estimada em 20% em 2015.

Os dados relativos à atuação do NYPD, muito mais favoráveis à instituição policial do que os dados coletados pela SSP/SP e pela SSP/DF, suscitam, contudo, reações paradoxalmente diversas. A perplexidade e os debates encetados pelo tema nos EUA, dos quais se destacam a declaração judicial de inconstitucionalidade das práticas do NYPD em 2013 e o debate do tema por ocasião da campanha presidencial de 2016, contrastam com a apatia que redundou a análise do tema no Brasil, em que a prática disseminada e generalizada de revistas pelas polícias é tratada com naturalidade até mesmo pelas instâncias de controle. Por aqui, o controle judicial da validade das revistas é virtualmente inexistente e encarado como inviável ou inadequado. Conseqüentemente, é mais alargada a brecha para revistas cênicas, orientadas mais à demonstração de autoridade e à intimidação do que à investigação criminal.

Portanto, de mais a mais, a remissão ao direito estadunidense demonstra que é possível estabelecer parâmetros de validade e efetuar controle judicial sobre as abordagens policiais no espaço público, razão pela qual não deve ser visto como insuperável o atual cenário de descontrole judicial da busca pessoal no direito brasileiro. Ao revés, é inadiável reavaliar as possibilidades do controle dessa prática e reconsiderar o papel do Poder Judiciário ante a proliferação do uso ilegal da busca pessoal como medida de rotina do policiamento ostensivo.

2011, a população nova-iorquina foi estimada em 8.278.000 habitantes, pelo censo oficial (Cf. <http://factfinder.census.gov/faces/tableservices/jsf/pages/productview.xhtml?src=bkmk> Acesso 12/10/2016). Assim, o número de revistas anuais equivale a 8,28% do número de habitantes. Portanto, o número de revistas por habitante, em SP, em 2015, ainda assim é de cerca 4,7 vezes o número de revistas feitas pelo NYPD em 2011. O número de revistas por habitante, no DF, em 2015, é de cerca 5,7 vezes o número de revistas feitas em 2011 pelo NYPD. Assim, na melhor das comparações, o número de revistas por habitante feitas pelas polícias paulistas é cerca de quatro vezes maior e, pelas polícias distritais, cerca de cinco vezes maior do que pelo NYPD em 2011.

5. LIBERDADE E SUSPEIÇÃO NOS ESPAÇOS PÚBLICOS: VALIDADE E CONTROLABILIDADE DA BUSCA PESSOAL NO ESTADO DE DIREITO

O processo de emergência, expansão e consolidação das grandes cidades, frequentemente identificado como marco da Modernidade³⁴¹, é acompanhado pela intensificação da pluralidade e da diferença entre os indivíduos que compartilham os espaços urbanos. Paralelamente à urbanização, a crise das grandes narrativas, o declínio das ordens morais primárias e o encolhimento das relações sociais diretas abrem espaço à heterogeneidade e tornam forçoso o intercâmbio com o desconhecido.

Nesse contexto, o espaço público urbano configura o *locus*, por excelência, da multiplicidade de estímulos e de encontros fragmentários entre estranhos, pois idealmente caracterizado pela ampla acessibilidade, pela proximidade e pela diversidade, que viabilizam o encontro e a interação entre todos. Afinal, “a cidade é esse estabelecimento humano no qual os estranhos devem provavelmente se encontrar” (SENNETT, 1993, p. 323-324) e, assim, congrega ocasiões sociais difusas que não podem ser aferidas e delimitadas com completude e nas quais a presença mútua não pode ser claramente definida (GOFFMAN, 2010, p. 28-29).

O espaço público urbano abarca, pois, a desorientação característica da Modernidade, vale frisar, a sensação de que não se pode obter um conhecimento sistemático sobre a organização social. Trata-se de um espaço indelevelmente marcado pela frustração das expectativas de compreensibilidade, previsibilidade e controlabilidade (GIDDENS, 1991; GOFFMAN, 2010), o que orienta a compreensão das realidades metropolitanas e impacta os padrões de sociabilidade entre os cidadãos.

Assim, em especial os espaços abertos de circulação pública, quais sejam, as ruas e as calçadas das cidades, abrigam cotidianamente os embates entre as demandas por liberdade e por segurança. São, portanto, o principal palco das reiteradas tentativas de assimilar, ordenar, prever e controlar os fluxos e interações que se justapõem e se entrelaçam nas cidades. Nesse passo, Jane Jacobs (2014, p. 30) aponta que as calçadas e os pedestres são “protagonistas ativos do drama urbano da civilização *versus* a barbárie”.

Ante tal oposição, desponta nítido que a conformação do Estado de Direito é especialmente tensionada pela vida social nos espaços públicos, que pode tanto tender a um

³⁴¹ Françoise Choay (2015) esclarece que a metrópole existe desde a Antiguidade – assim, Nínive, Babilônia, Roma e Alexandria –, quando já se esboçavam alguns dos problemas enfrentados pelo urbanismo hoje. São, porém, exceções. Só a industrialização desencadeou a proliferação das metrópoles.

estado de liberdades reguladas e ordenadas, quanto a um estado em que as liberdades são ceifadas e reprimidas pelo próprio aparato estatal, a ponto de se poder dizer que “o caráter democrático de um regime é discernido em relação à sua atitude para com a realidade urbana” (LEFEBVRE, 2001, p. 99).

Consequentemente, o modelo de intervenção policial nos espaços públicos constitui um componente central da concretização do dilema entre liberdade e segurança³⁴². Deveras, a polícia, como visto, é caracterizada pela possibilidade do uso da força e se formata como uma instituição por meio da qual o poder estatal ocupa o espaço público a fim de regular o comportamento dos indivíduos (HOLLOWAY, 1997).

Contudo, é notável a pouca atenção que tem sido conferida às regras que regem o poder policial em tais espaços. Tais regras, inseridas na seara da ordem pública, incidem sobre o “uso que um indivíduo pode fazer de seu corpo enquanto objeto físico ou de instrumentos que ele pode manipular” e “restringem o direito de estar presente em lugares públicos abertos”. Não obstante, “são poucas e claras, e, na sociedade ocidental atual, pesadamente reforçadas pela autoridade policial” (GOFFMAN, 2010, p. 33). São exemplos as regras formais ou informais que determinam a exclusão de determinadas categorias de pessoas de alguns locais públicos, dos toques de recolher para adolescentes, das regras policiais informais requerendo a segregação racial noturna, entre outras (GOFFMAN, 2010, p. 19-21).

Em contraposição a tal cenário, sob o Estado de Direito, é imprescindível identificar quais são os direitos que balizam a interação entre policiais e indivíduos no espaço público urbano. Afinal, o que legitima a restrição de direitos e liberdades dos indivíduos pela polícia durante o patrulhamento urbano? Que direitos têm os cidadãos em seus fluxos nos espaços públicos, inclusive em face das autoridades policiais? A mera presença no espaço público implica a renúncia completa do indivíduo à privacidade e a total sujeição à intromissão policial?

³⁴² No ponto, é curioso notar que a criação das polícias modernas associa-se exatamente à construção do espaço público após os fluxos de industrialização e urbanização: a universalização da disponibilidade e do acesso às vias e aos locais públicos, atrelada à alta concentração populacional, torna inviáveis as práticas provincianas de policiamento, marcadas por intervenções privadas ou comunitárias de segurança e justiça (MUNIZ, 1999). Assim, a implementação das forças policiais estatais se relaciona à pretensão de universalização dos espaços de circulação urbana, tornados bens públicos amplamente acessíveis à população. Nesse rumo, o processo de fortalecimento das polícias como aparato estatal essencial, no contexto de modernização do sistema de justiça criminal, insere-se em uma dinâmica em que a “preservação da ordem” e a proteção de direitos no espaço público deixa de ser entendida como uma tarefa privada e descentralizada a cargo dos cidadãos e é atribuída às polícias estatais. As polícias passam a ser compreendidas como provedoras de segurança à população, especialmente nos espaços urbanos: “Neste processo, a natureza do controle do crime lentamente deixou de ser uma responsabilidade dos cidadãos e da sociedade civil para se transformar numa especialidade executada, de forma amplamente monopolística, pelos mecanismos estatais de aplicação da lei” (GARLAND, 2008, p. 98).

Tais são as perguntas que balizam o presente capítulo. Nos tópicos a seguir, observa-se que, sob o Estado de Direito, mesmo no espaço público, o indivíduo mantém um grau de inviolabilidade pessoal e é titular do direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*), o qual é oponível não só em face dos demais indivíduos, mas, sobretudo, em face das autoridades policiais. Assim, a intervenção policial coercitiva e repressiva não pode ser encetada de modo generalizado e desregrado no espaço público. Ressalta-se então que a tutela da segurança nos espaços públicos não pode ser exercida mediante violações sistemáticas e desconcentradas aos direitos fundamentais, as quais, em última instância, redundam em práticas excludentes e homogeneizantes que tendem a reforçar a sensação de insegurança social. Nesse passo, observa-se que a suspeição pode ser subdividida em jurídica e extrajurídica, sendo que apenas a primeira pode ser instrumentalizada como fundamento para a coerção policial sob o Estado de Direito.

Fixadas tais premissas, observa-se que o poder policial de abordar e revistar os transeuntes nos espaços públicos deve ser submetido a condições e limites de validade, a fim de que o policiamento urbano não seja caracterizado por violações sistemáticas aos direitos acima mencionados. Assim, abordagens policiais coercitivas (retenções) só podem ser embasadas em suspeição jurídica. Ademais, destaca-se que retenções embasadas na suspeição consubstanciam uma primeira mitigação ao estado de inocência do indivíduo, de modo que, por força da tutela constitucional da presunção de inocência, devem ser legalmente autorizadas e concretamente fundamentadas.

Nesse passo, em particular no que toca à busca pessoal, ressalta-se que sob o Estado de Direito formatado pela CF/88 e pela legislação infraconstitucional, essa medida só pode ter instrumentalidade processual (probatória) ou inibitória especial. No primeiro caso, a busca pessoal está adstrita às condições de validade exigidas pelo art. 244 do CPP, tal como esclarecido no capítulo 3. No segundo caso, a busca pessoal está adstrita às excludentes de ilicitude estatuídas nos arts. 24 e 25 do CP. Destaca-se que, ausentes tais instrumentalidades, essa intervenção policial atende a uma função punitiva latente.

Com base em tais contornos, apresentam-se, ao cabo, alguns mecanismos possíveis de fiscalização, monitoramento e controle da execução da busca pessoal. Aponta-se que é necessário exigir o registro formal de cada revista realizada e intensificar a formalização de dados oficiais, além de fortalecer os mecanismos de controle interno e externo. Tais providências, salienta-se, implicam alterações na atuação não só das próprias polícias, mas também das instâncias de controle externo, as quais têm responsabilidade compartilhada sobre os abusos sistemáticos que se repetem na atual prática desfuncionalizada da busca pessoal.

5.1. Direitos fundamentais no espaço público urbano: vedação à intervenção policial arbitrária e direito de ser deixado em paz

5.1.1. *Postura de reserva e desatenção civil: liberdade e privacidade no espaço público*

Os espaços públicos modernos são marcados por uma condição estruturante: a inevitabilidade da relação com o estranho. Nas cidades modernas, diversos tipos de gente se encontram e se misturam sem se compreender totalmente, de modo que a interdependência funcional convive com a segregação e o isolamento vocacionais (PARK, 1967). Nesse passo, o aumento da densidade da população “aumenta muito além da capacidade de absorção da intimidade humana e o alcance da rede de relações pessoais” (BAUMAN, 1999, p. 115). Em tal cenário, os percursos empreendidos pelos cidadãos no espaço público urbano caracterizam-se pela sucessão ininterrupta de estímulos externos múltiplos e de impressões correlatas fugidias e passageiras. Inviabiliza-se a construção de uma imagem estável, completa e segura do ambiente que o circunda e da própria posição por ele ocupada.

Com isso, imprimem-se mudanças sobre a vida social: as características elementares das cidades (altas quantidade e densidade da população e heterogeneidade de habitantes e vida grupal) contribuem para a alta variabilidade individual e para a “segmentação de relações humanas as quais são em grande parte anônimas, superficiais e transitórias e por características correlatas” (WIRTH, 1967, p. 112). Portanto, a vida cidadina, preenchida por uma justaposição de encontros e entrecruzamentos imprevisíveis, enceta novos padrões de convivência e deixa marcas na individualidade e nas condições de sociabilidade (SIMMEL, 2005).

Deveras, o acúmulo de interações superficiais e transitórias com estranhos dá ensejo ao que Simmel (2005, p. 577) denominou “intensificação da vida nervosa”, a qual conduz, por sua vez, a uma mudança na postura do indivíduo em relação ao exterior: diante da fluidez e da multiplicidade condições da vida urbana, o indivíduo responde por meio de uma tentativa de quantificação, padronização e calculabilidade. Diante de estímulos contrastantes, rápidos e inconstantes que não podem ser compreendidos singularmente com base em suas diferenças e peculiaridades, difunde-se uma espécie de “embotamento frente à distinção das coisas”, as quais são objeto de percepção pelo indivíduo, mas não de distinção quanto a seu significado e seu valor. A tonalidade acidentada e embaçada marca, pois, a percepção que subjaz à chamada atitude *blasé*, que deixa de distinguir e de emitir preferências sobre as coisas: a quantificação e a padronização imperam sobre a qualificação e a particularização.

Essa recusa de reação aos estímulos manifesta-se, sobretudo, pela postura de reserva do indivíduo em relação ao ambiente exterior (atitude *blasé*), a qual deve ser então entendida como uma tentativa de ajustamento à vida metropolitana e de defesa e autopreservação do indivíduo (SIMMEL, 2005, p. 581-582). Diante da multiplicidade de desconhecidos com os quais se depara cotidianamente, os indivíduos passam a adotar uma posição reservada uns diante dos outros, comumente entendida como frieza e indiferença.

A adoção da postura de reserva é, de sua parte, correlata a uma espécie particular de interação social tipicamente empreendida nos espaços públicos entre desconhecidos, a qual serve predominantemente ao “gerenciamento da simples e mera copresença” nos espaços compartilhados com estranhos (GOFFMAN, 2010, p. 34-35). Trata-se de uma espécie de “desatenção civil”, de um “aviso visual suficiente para demonstrar que ela compreende que a outra está presente (e que admite abertamente tê-la visto), e no próximo momento ela retira sua atenção para expressar que a segunda não constitui um alvo de curiosidade ou intenção especial” (GOFFMAN, 2010, p. 96).

Esse tipo de interação possui natureza desfocada e ocorre quando os indivíduos recolhem informações sobre os outros ao olhá-los de relance, ainda que momentaneamente, sem estabelecer um engajamento como seu foco de atenção: em geral dirige-se uma breve olhadela aos terceiros, seguida de imediato pelo desvio do olhar. A desatenção civil configura, portanto, um ritual interpessoal que regula as interações entre desconhecidos e que indica a ausência de razões especiais para suspeitar das intenções dos demais e de lhes ser hostil. O seu rompimento, por outro lado, faz com que o indivíduo encare o outro, aberta e fixamente, em uma indicação de falta de reconhecimento.

Assim, em locais altamente homogêneos e segregados, a mera presença de alguém com estatuto social ou aparência física divergente pode desencadear o rompimento da desatenção civil. A postura de reserva, em tal dinâmica, transmuda-se em uma postura de repulsa. Por isso, Goffman (2010) salienta que o rompimento da desatenção civil afronta a privacidade do indivíduo e expõe a sua indesejabilidade. O próprio ato de encarar é utilizado e percebido como uma sanção informal negativa, como um ato de repreensão sobre o desvio, que lhe permite funcionar como um meio de controle social sobre os desviantes.

Nesse passo, é imprescindível notar que, quando a posição de reserva deixa de servir como condição de possibilidade da convivência de estranhos nos mesmos espaços e passa, na contramão, a conduzir à segregação, ao isolamento e à exclusão, as cidades passam a ser imergidas em uma atmosfera de desconfiança generalizada e de medo difuso em relação aos diferentes. Com isso, passam a abrigar divisões homogêneas, tornam-se fragmentárias e

comportam uma expansão dos mecanismos de vigilância e controle dos espaços. Portanto, a transmutação da postura de reserva em uma postura de repulsa não apenas deixa de funcionar como uma condição de possibilidade do compartilhamento de espaços entre estranhos, como, ao revés, fulmina tal possibilidade, ao se contrapor à diferença nos espaços públicos, em uma tentativa desenfreada de conferir previsibilidade e uniformidade ao convívio social.

Nesse contexto, embora a postura de reserva (atitude *blasé*) e a desatenção civil sejam vez ou outra criticadas por serem uma demonstração de frieza ou apatia perante terceiros, é necessário reconhecer que são condições do convívio social nas cidades modernas, em que indivíduos desconhecidos transitam diuturnamente pelos mesmos espaços. A respeito do distanciamento entre os cidadãos, questiona-se então:

Mas essa estranheza, essa distância, será mesmo um mal? Se um pintor tivesse que nos retratar, ele teria que nos representar de braços abertos, desesperados na vã tentativa de alcançar os outros? Ou deveria nos mostrar, pelo contrário, uma posição de alívio que sentimos pela consciência dessa dupla barreira que também é sempre um muro protetor? Deveríamos nos sentir gratos pela proteção que a estranheza nos concede? E pela liberdade que ela permite? Como seria se nos deparássemos um para com o outro completamente desprotegidos através da dupla clivagem que o corpo interpretado representa? Se nos precipitássemos um dentro do outro sem que nada de divisório e ilusório se interpusesse? (MERCIER, 2014, p. 93-95)

Assim, a postura de reserva e a desatenção civil mostram-se correlatas à fruição da liberdade e da privacidade pelos cidadãos em seus fluxos travados na presença dos estranhos com quem compartilham os espaços públicos. O espaço público é local de passagem e de encontro e, também, local em que se deixa ver: contrapõe-se ao espaço privado, no qual o indivíduo se mantém intangível e invisível. A presença do espaço público não implica, porém, uma abertura total e irrestrita do indivíduo ao exterior, mas sim uma seleção deliberada daquilo que se pretende expressar e compartilhar, daquilo que se pretende silenciar e ocultar. Exatamente em virtude da exposição pública, exsurge no indivíduo uma preocupação acentuada com a sua autorrepresentação e com a imagem que os outros têm de si, a qual é administrada a partir da manutenção de um mínimo de invisibilidade e de distância em relação a terceiros.

Assim, a postura de reserva e a desatenção civil preservam um muro protetor da esfera de inviolabilidade pessoal no espaço público, o qual possui respaldo jurídico por meio da tutela do direito fundamental à *privacidade*. Este, por sua vez, funciona como uma condição de possibilidade para a *liberdade* de circulação entre *diferentes* nos espaços públicos – propugnada por Jacobs (2014) como fator importante para a própria segurança nos espaços públicos.

5.1.2. Privacidade (exterior), liberdade e (in)diferença: o direito de ser deixado em paz e vedação à intervenção policial arbitrária no espaço público

No direito brasileiro, a tutela ao direito à privacidade possui estatura constitucional (cf. CF/88, art. 5º, X). O inciso X do artigo 5º da CF/88 esboça uma distinção entre *vida privada* e *intimidade*. Ante a dicção constitucional, despontam duas correntes de interpretação: uma que as utiliza como sinônimas (advertidamente ou não) e outra que as visualiza em uma relação de continência. De acordo com esta última corrente, entre as quais se destaca a teoria germânica dos círculos concêntricos, a intimidade seria uma esfera mais restrita da vida privada e diria respeito aos fatos concernentes apenas ao próprio indivíduo e irrelevantes para a convivência social. A vida privada, assim, contrapor-se-ia à vida pública, ao passo que a vida íntima abarcaria a esfera da pessoa isenta do conhecimento dos demais (PITOMBO, C., 2005b).

Não há, contudo, consenso na determinação dos conceitos. Assim, opina José Afonso da Silva que a terminologia não é precisa, razão pela qual é preferível “usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou” (SILVA, J., 2007, p. 206).

Nesse sentido, é imperioso ponderar que o direito à privacidade, interpretado em sentido lato, possui uma faceta dúplice: abarca tanto o direito de não se comunicar com os demais, quanto o de não ser molestado por outrem, inclusive pelas autoridades públicas (PEREIRA, 2004). Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior – que não distingue “privacidade” e “intimidade” – faz uma subdivisão entre “intimidade interior” e “intimidade exterior” e define que esta seria aquela de que o indivíduo

haveria de desfrutar, abstraindo-se da multidão que o engloba. Insolando-se, em meio a ela. E alheando-se mesmo estando em companhia. [...]. A intimidade exterior, portanto, é aquela de natureza psíquica. O homem a estabelece no borborinho da multidão. Ensimesmando-se em pleno tumulto coletivo. Decretando-se alheio, impenetrável às solicitações dos que o rodeiam. Presente e ausente. Rodeado e só. (COSTA JÚNIOR, 1970, p. 8)

Pode-se constatar, então, que a privacidade, pela perspectiva exterior referida por Costa Júnior (1970), é de especial valia nos espaços públicos urbanos, nos quais os indivíduos transitam com a expectativa geral de não serem importunados por terceiros.

Ante tais contornos, constata-se que a tutela do direito à privacidade em sua dimensão exterior dá forma ao “direito de ser deixado em paz” ou, ainda, de “não ser incomodado” (*right*

to be let alone). Tal direito foi pioneiramente apresentado por Samuel Warren e Louis Brandeis (1890) em fins do século XIX como uma dimensão essencial do direito à privacidade (*right to privacy*). O estudo de Warren e Brandeis (1890) foi elaborado em reação ao surgimento das câmeras fotográficas portáteis e do subsequente assédio midiático sobre celebridades e outras “pessoas públicas”. Em tal contexto, ressaltaram os autores que a proteção de pensamentos, sentimentos e emoções contra a publicização indevida decorre do direito de ser deixado em paz e se equipara aos direitos de não ser molestado ou agredido, de não ser empriionado, de não ser processado de má-fé, ou de não ser difamado. Em todos esses direitos, vislumbra-se um caractere comum, consistente não na tutela da propriedade privada ou do espaço privado, mas sim na tutela de uma esfera de *inviolabilidade pessoal*.

Assim, ao contemplar o *direito à privacidade* em sentido lato, como o fundamento da tutela da inviolabilidade tanto da *intimidade*, quanto da *vida privada*, é imperativo constatar que a tutela da privacidade não se restringe àquelas situações em que o indivíduo está isolado em um espaço físico privado, tal como reconheceu a Suprema Corte estadunidense no julgamento do caso *Katz v. United States*³⁴³, em 1967. Por essa perspectiva, o direito à privacidade constitui uma condição necessária à fruição do direito à liberdade de circulação (liberdade ambulatorial) nos espaços públicos urbanos. Trata-se, pois, de eixo estruturante da vida pública e das relações sociais travadas nas cidades modernas.

Por outro lado, além de o direito à privacidade exterior revelar-se essencial ao exercício da própria liberdade ambulatorial nos espaços públicos, pode-se notar também que ele é essencial também ao exercício do direito à diferença. Com efeito, pode-se dizer que, ao ser titular do direito à privacidade, o indivíduo tem, por um lado, a autonomia para “decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações” e, por outro, tem “a faculdade de constranger os outros ao respeito”. O direito de não ser incomodado, então, atrela-se à proteção da integridade moral do indivíduo (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440 e 442).

Nesse passo, além de vislumbrá-lo em seu viés interior e exterior, Costa Júnior (1970, p. 9) aponta que “o direito à intimidade é uma espécie de premissa geral, um antecedente natural da personalidade e da capacidade jurídica, um *a priori* da própria personalidade”. Sem privacidade, não há possibilidade de desenvolvimento livre e autônomo da personalidade e não há autonomia de autorrepresentação pessoal. Portanto, sem privacidade, não há possibilidade de exercício do *direito à diferença*. Deveras, práticas invasivas calcadas na aversão à diferença

³⁴³ *Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967). Como visto no último capítulo, nesse julgamento, a Suprema Corte estatuiu que a Quarta Emenda à Constituição veda a intervenção estatal arbitrária e protege pessoas, e não lugares.

impactam o próprio modo de ser ou projeto de vida pessoal do indivíduo. Assim, cerceiam o direito à diferença e violam a liberdade de autorrepresentação pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade – o que configura o chamado “dano existencial” (ALMEIDA NETO, 2005).

Por essa perspectiva, cumpre notar que o direito à diferença – o direito de conformar livremente a sua autorrepresentação perante a sociedade, pela livre manipulação da linguagem visual, oral, escrita, entre outras – somente é assegurado se tal autorrepresentação não é automaticamente erigida como um fundamento para o exercício da coerção estatal, restritiva de outros direitos e liberdades. Assim, a mera diferença não pode ser erigida como um fundamento para a intervenção estatal na esfera privada – até porque, tendo em conta que as cidades modernas são caracterizadas exatamente pelo convívio entre diferentes, a admissão da mera diferença como fundamento para a coerção tornaria esta uma regra, numa tendência disciplinar.

Daí a noção de que, para a plena efetivação da liberdade (de circulação, de expressão, de autorrepresentação), exige-se o direito à indiferença (KOUBI, 2009), ou, em outros termos, o direito de não ser importunado pelas autoridades estatais apenas em virtude de suas diferenças. Portanto, exige-se uma postura estatal de tolerância (não-ingerência) em relação às diferenças dos indivíduos, a qual somente pode ser rompida – desencadeando a intervenção policial – se houver permissivo legal e fundamento concreto para tanto. Nesse sentido:

O respeito dos direitos à diferença concretiza-se no cuidado permanente em não designar sistematicamente a diferença, inclusive e sobretudo a cultural, como o lugar da ação individual, qualquer que ela seja. Ele exige do Estado e de cada um a indiferença. A obrigação de “não-ingerência” dos poderes públicos na vida privada é uma de duas modalidades. J. Kis considera, deste ponto de vista, que “sem um direito à proteção da esfera privada não existe o direito de conduzir sua vida como se quer e, em conseqüência, de pertencimento à sociedade considerada como comunidade moral.” Pode, igualmente, fixar os deveres das autoridades a fim de permitir a cada um realizar seu desenvolvimento pessoal ou obter meios de existência decentes. Não se trata aqui de políticas jurídicas e sociais “cegas” à diferença, como pretende C. Taylor, mas respeitosa dos direitos de que cada um dispõe em uma sociedade democrática. Os direitos cívicos, civis ou sociais, as liberdades fundamentais compõem direitos do viver conforme sua própria escolha, do (esperar) realizar seus sonhos segundo suas capacidades, virtudes e talentos, do ser eu mesmo sem despertar o opróbrio social. Eles são, também, direitos de dizer, falar, ler, escrever segundo suas próprias formas de expressão; como bem especificou o Conselho constitucional, a liberdade de expressão e de comunicação “implica o direito de cada um escolher os termos julgados por ele como os mais apropriados à expressão do seu pensamento.” Os direitos à diferença, mesmo quando formulados como direitos culturais, reúnem portanto todos os direitos da pessoa em sociedade, do direito à semelhança ao direito à dissidência; eles definem-se apenas em referência aos direitos do homem. São, incontestavelmente, garantidos pelo respeito – por todos e cada um, pelo Estado como por cada indivíduo na sociedade civil – a um direito à in-diferença. A liberdade da diferença supõe, assim, a exposição de um direito à in-diferença. (KOUBI, 2009)

Assim, a fruição do direito à diferença nos espaços públicos urbanos depende da possibilidade de livre circulação pública sem que determinadas características individuais sejam interpretadas como perigo ou ameaça e sirvam como fundamento para a sua interpelação (direito à indiferença). Tal perspectiva permite notar que o direito de ser deixado em paz pode ser nomeado como um direito à indiferença, a fim de enfatizar a sua importância para a tutela do direito à diferença e não só do direito à privacidade exterior em uma acepção estrita.

O direito de ser deixado em paz e o direito à indiferença conferem então substrato, sobretudo, à vedação a intromissões arbitrárias na esfera individual, também constante do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³⁴⁴. O indivíduo, titular do direito à liberdade ambulatorial, à privacidade exterior e à diferença, tem o direito de não ser interpelado pelo aparato estatal sem fundamento concreto e, mais precisamente, de não ser intimidado em função de suas condições subjetivas ou de sua autorrepresentação pessoal. Este último enfoque evidencia, ademais, que a vedação à intervenção arbitrária se relaciona intimamente à vedação ao tratamento discriminatório (CF/88, art. 3º, IV) e implica a proibição da estigmatização de tipos sociais como suspeito ou potencialmente criminosos.

Portanto, em síntese, os direitos à liberdade, à privacidade e à diferença são eixos norteadores das relações entre os cidadãos entre si e também e sobretudo das relações travadas entre os cidadãos e o aparato policial, sendo que, em relação a estas últimas, decorre de tais direitos uma expectativa de não-intervenção arbitrária do Estado. Assim, a vedação a intervenções estatais arbitrárias é um consectário da tutela ao direito à liberdade, à privacidade e à diferença, os quais dão forma ao direito de ser deixado em paz, o qual, em sua vinculação específica ao direito à diferença pode ser designado como um direito à indiferença.

5.2. Segurança no espaço público urbano: direito à segurança e segurança de direitos

A conformação das cidades modernas implica a exortação de certezas e abertura de possibilidades, ao mesmo tempo em que, por outro lado, potencializa medos e alavanca fechamentos. Como consequência do movimento frequente de um grande número de indivíduos diferenciados, sem laços entre si, em um ambiente congestionado, geram-se atrito e irritação, bem como reações imprevisíveis (WIRTH, 1967). A inevitável interação com estranhos, vistos

³⁴⁴ “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.”

como portadores de riscos ocultos e incalculáveis, pode desencadear tanto reações qualificadas pela curiosidade, atração e fascínio, quanto pelo medo, insegurança e apreensão.

Como consequência, a fruição dos direitos fundamentais é ameaçada pelas demandas incessantes por proteção, segurança e controle. A sociedade moderna, com efeito, marcada pela urbanização progressiva, organiza-se em função de uma contínua busca por segurança, na qual predomina a sensação de insegurança, vale dizer, a ideia de que o perigo está em toda parte (BAUMAN, 2009, p. 15-19)³⁴⁵. Contudo, a despeito de sua centralidade, as expectativas construídas em torno da segurança não são exauridas, já que se trata de meta traçada na contramão das características e consequências da Modernidade: a instabilidade, a imprevisibilidade, que conduzem a resultados calcados no acaso, na contingência³⁴⁶.

Nessa conjuntura, o Estado moderno assume a tarefa de administrar o medo (BAUMAN, 2009, p. 179) a fim de preservar a legitimidade da sua própria existência, o que, ao cabo, gera uma sensível afetação à tutela dos direitos fundamentais. Deveras, o medo e a insegurança social têm sido identificados como potencializadores do apoio social a medidas despóticas e/ou repressivas (ZALUAR, 1999). Alerta-se que, em última instância, a população pode se mostrar disposta “a pagar o preço do terror invisível de um Estado policial em troca de ordem e segurança nas ruas” (ARENDDT, 1985, p. 49). Como resultado, a efetividade dos direitos à liberdade, à privacidade e à diferença nos espaços públicos urbanos é ameaçada pelas demandas por mais intervenções policiais repressivas orientadas a garantir ordem e segurança.

Nessa dinâmica, pode-se então verificar uma perigosa tendência de se confundir segurança com disciplina. Não obstante, as duas são bastante diversas: conforme já abordado,

³⁴⁵ Lyotard (1984) aponta que esse fenômeno decorre da própria condição da Pós-Modernidade, qual seja, a evaporação da *grand narrative*, o dismantelamento do enredo dominante por meio do qual cada indivíduo é inserido na história como sujeito de um passado definitivo e de um futuro predizível. Por outro lado, esse mesmo processo é apreendido por Giddens (1991) não como uma condição da Pós-Modernidade, mas sim como o resultado da radicalização e universalização das consequências da Modernidade. Para Giddens, a sensação do sujeito de estar inserido em um universo de eventos que não pode compreender e controlar plenamente gera a desorientação típica da Modernidade, decorrente da inatingibilidade do conhecimento sistemático sobre a ordem social. Neste trabalho, vislumbrada a relação entre urbanidade e Modernidade, adota-se a posição de Giddens.

³⁴⁶ Quanto ao ponto, Edgar Morin (1998, p. 16) é preciso: “De acordo com a teoria do caos, processos deterministas por natureza conduzem, com grande rapidez, a estados imprevisíveis e aparentemente desordenados. Por quê? Porque as interações são incontroláveis e o conhecimento total e absoluto dos estados iniciais não nos é permitido. É uma maneira de dizer que, mesmo na ocorrência de um determinismo inicial, há imprevisibilidade e desordem aparentes.”. O malogro dessa ambição totalizante é bem simbolizada na pequena obra *Del rigor en la ciencia*, de Jorge Luis Borges (2009, p. 119): “*En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el Mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el Mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el Tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Injuria lo entregaron a las Inclemencias del Sol y los Inviernos. En los Desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas*”.

esta, por definição, deixa o menor espaço possível à liberdade, o que não ocorre na primeira, que, ao contrário, pressupõe a liberdade. Deveras, em uma acepção ampla, pode-se definir segurança como “uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado”, a saber, na qual há um equilíbrio aceitável entre confiança e risco, ou, ainda, entre liberdade e risco (GIDDENS, 1991, p. 46). A confiança só se faz necessária em um ambiente em que há liberdade, em que há variáveis desconhecidas e impassíveis de controle absoluto: a completa (pre)visibilidade dispensa a confiança, que se torna, pois, um “dispositivo para se lidar com a liberdade dos outros” (GAMBETTA, 2000, p. 219), para se lidar com a imprevisibilidade dos outros, em especial dos desconhecidos. A segurança e a disciplina, portanto, diferem, entre outros pontos, em relação ao espaço deixado à liberdade³⁴⁷: a liberdade é o correlativo da implantação dos dispositivos de segurança, que só podem funcionar se houver liberdade, possibilidade de circulação de pessoas e coisas (FOUCAULT, 2008, p. 6-9).

Noutro giro, pela perspectiva jurídica, a segurança é orientada pelo ideal de máxima efetividade das normas jurídicas, a qual dá substrato à expectativa de estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas em função da eficácia das normas que as regulamentam. Consequentemente, sob o Estado de Direito, a correlação entre segurança e liberdade é reforçada, pois os direitos e liberdades fundamentais são tutelados em normas superiores e, portanto, a segurança jurídica depende de sua efetividade concreta na vida social.

Por essa perspectiva, é preciso destacar que a noção de “direito fundamental à segurança”, tão comumente arguido para justificar a violação de direitos, pode ser entendida como supérflua ou perversa (BARATTA, 2015). Por um lado, supérflua, se significa a “legítima demanda de segurança de todos os direitos para todos os indivíduos”, pois o “direito à segurança” significaria, na verdade, a “segurança dos direitos” ou o “direito aos direitos” (2015,

³⁴⁷ Na concepção foucaultiana, a disciplina é composta por uma série de vigilâncias, controles e esquadrinhamentos, que, por exemplo, permitem descobrir, antes mesmo de o crime ser praticado, se ele ocorrerá. É centrípeta e funciona ao circunscrever um espaço no qual seus mecanismos de poder funcionarão plenamente e sem limites: a disciplina visa a regulamentar tudo, a não deixar escapar nada, e incide sobre as coisas mais ínfimas, sobre o detalhe, a fim de impedir tudo o que não é permitido. Por outro lado, os dispositivos de segurança são centrífugos, integrados, visam a organizar ou deixar circuitos cada vez mais amplos se desenvolverem. Apoiam-se nos detalhes, mas os tomam como necessários, inevitáveis, naturais, sem os valorizar como bons ou ruins: visam a regulá-los para obter efeito no nível da população. A segurança agrega, pois, o elemento estatístico, probabilístico, o cálculo de custos e benefícios, que fogem da divisão binária entre o permitido e o proibido e miram o limite aceitável da transgressão à norma, a média ótima para o funcionamento social, o que insere o crime em uma série de acontecimentos prováveis e embasa então os dispositivos de segurança. Nesse passo, a segurança não se resume nem ao sistema legal, que só proíbe, nem ao sistema disciplinar, que só prescreve, pois tem por função responder a uma realidade, de maneira a limitá-la, a regulá-la. Assim, os dispositivos de segurança podem envolver mecanismos legais e também disciplinares, cujas técnicas são intensificadas (FOUCAULT, 2008).

p. 2). Por outro lado, perversa, se significa a prioridade na ação estatal para assegurar alguns direitos de alguns grupos, seletivamente³⁴⁸.

Nesse sentido, pode-se opor o modelo do *direito à segurança* ao modelo da *segurança dos direitos*. O modelo do direito à segurança dá amparo à tendência disciplinar, que restringe liberdades ao garantir a segurança aos mais fortes contra o risco associado aos grupos débeis e excluídos, a partir de uma política tecnocrática, centralista e autoritária³⁴⁹. Assim, a segurança se dá pela redução dos direitos fundamentais, e não pela sua máxima efetivação, estabelecendo fortalezas (fechamentos) e não aberturas (BARATTA, 2015). Tal instrumentalização de um suposto “direito à segurança” permite a inserção de mecanismos disciplinares nos métodos de intervenção estatal, obliterando as limitações decorrentes da imposição da estrita legalidade e neutralizando a força normativa dos direitos fundamentais. Assim, o “direito à segurança”, tal como a “preservação da ordem pública”, funciona como uma estratégia de neutralização dos direitos fundamentais e dá azo à proliferação de intervenções policiais repressivas arbitrárias.

Noutro extremo, o modelo da *segurança dos direitos* seria caracterizado como um modelo legítimo de prevenção e segurança atrelado à política integral de proteção de direitos fundamentais. A noção de segurança de direitos reconhece, portanto, o descompasso sempre presente entre normatividade e efetividade e aponta a necessidade de adoção de políticas públicas de expansão e efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo por meio da inclusão social (BARATTA, 2015)³⁵⁰. A partir da ideia de segurança de direitos (também referida como segurança cidadã), pois, a intervenção estatal estaria orientada a reforçar o respeito às liberdades reconhecidas (RAMÍREZ, 1990), reduzindo-se ao máximo o exercício do poder punitivo.

Portanto, a sensação de insegurança pode ser associada à constatação de que os direitos garantidos no plano normativo possuem baixa efetividade no cotidiano social, mas, contraditoriamente, evoca demandas pela restrição desses próprios direitos cuja inefetividade é sentida. Tais demandas se desenvolvem, sobretudo, por meio de estratégias de neutralização dos direitos fundamentais, tais como as referências a um “direito à segurança” ou à necessidade

³⁴⁸ Baratta (1997, p. 59) rejeita tais noções parciais e ressalta que, do ponto de vista jurídico e psicológico, “podem e deveriam ser seguros, sobretudo, os sujeitos portadores de direitos fundamentais universais”. Com isso, a noção de direito à segurança cede espaço para a segurança dos direitos, noção que não é exatamente supérflua, pois enfatiza o dever estatal de assegurar a efetivação dos direitos e reduzir a distância entre validade e efetividade.

³⁴⁹ A demanda por segurança é reduzida à demanda por pena contra a criminalidade, equiparando política criminal e política de segurança. Desenvolve-se uma política privada de segurança e os cidadãos se convertem em policiais (*neighbourhood watch*), aceitando a desigualdade a autolimitação do desfrute dos espaços públicos.

³⁵⁰ A diretriz básica, de segurança de todos os direitos de todas as pessoas, concretiza-se por meio de uma política democrática dirigida à emancipação dos grupos vulneráveis, débeis e excluídos. Para tanto, constroem-se políticas locais e participativas e reforça-se a subsidiariedade da política criminal. A segurança é um serviço público e os policiais que a desempenham convertem-se em cidadãos (policia comunitária).

de “preservação da ordem pública”, estruturadas a partir de vetores parciais de implementação dos direitos ou de vetores extrajurídicos que se sobrepõem aos direitos fundamentais.

Essa instável tensão encontra nos espaços públicos urbanos o seu principal cenário, e, no ponto, cabe notar que é ainda predominante entre as instituições de controle uma noção holista e hierárquica de ordem pública (LIMA, Roberto, 1999), orientada à implementação parcial e seletiva de alguns direitos por parte de alguns grupos e indivíduos. Tal concepção solapa a pluralidade e a diferença ao visar à detecção e exclusão de grupos e indivíduos destoantes dos padrões de uma determinada configuração socioespacial, vale dizer, “estranhos”, que constituem um elemento de desordem a ser dali retirado (CARUSO, 2009, p. 15). A esse respeito, destaca-se então a possibilidade de que regulamentação da copresença no espaço público – regulamentação da “ordem pública” – assuma caráter discriminatório ou excludente:

Onde existem estas regras de exclusão fica claro que a mera presença do indivíduo, independentemente de sua conduta enquanto presente, comunica ou que ele possui as qualificações necessárias para a entrada ou que ele está se comportando inapropriadamente. [...] em muitas situações certas categorias de pessoas podem não estar autorizadas a estar presentes e que se estiverem presentes, isto por si só constituirá um ato inapropriado. (GOFFMAN, 2010, p. 21)

Nesse passo, criam-se diversificadas medidas voltadas a “remover incertezas e limpar as ruas”, mediante um cálculo incessante do potencial de desordem (YOUNG, 2002)³⁵¹. O espaço público é então desvalorizado e compreendido como um mero local de passagem e transição entre os destinos finais, no qual é imprópria a permanência prolongada, encarada, em virtude de sua imprevisibilidade, como um potencial perigo³⁵².

³⁵¹ Tal pretensão é ilustrada na obra *Espaços Defensáveis (Defensible spaces)*, publicada em 1972 pelo urbanista Oscar Newman, em que o autor argumenta que traçados urbanos e arquitetônicos que permitem o fácil acesso de estranhos favorecem o crime e diminuem a possibilidade de vigilância por parte dos próprios moradores e por parte das polícias. Assim, apresenta quatro propostas para a construção de “espaços defensáveis”: a subdivisão de áreas públicas a fim de que os moradores possam adotar em relação a elas atitudes de propriedade; a inserção de janelas ao redor dos logradouros públicos a fim de que os moradores possam exercer sua vigilância; a inserção de atividades públicas inofensivas em zonas de convergência (v.g. pequenos parques); e a construção de áreas públicas de natureza panóptica, em que se crie em seus eventuais visitantes a sensação de estarem ser perenemente observados (GOMES; MOLINA, 2002). Assim, Newman propõe, em síntese, o controle a partir da concepção do espaço público como privado. Segue esse mesmo rumo as tendências de privatização do espaço público – *shoppings centers*, parques privados, instalações de lazer, aeroportos, condomínios residenciais fechados –, os projetos de “arquitetura hostil” ou de “*shoppinização* do espaço público”, bem como os projetos arquitetônicos baseados precipuamente na prevenção criminal – “*design* contra o crime”. São exemplos os bancos públicos antimendigos, a emissão de ruídos sonoros antiadolescentes e a pavimentação irregular e desconfortável das calçadas. A cidade, com isso, deixa de ser identificada como um local de liberdade e libertação e passa, ao contrário, a desencadear a autossegregação e o auto-enclausuramento.

³⁵² No que toca aos espaços públicos, há uma preocupação em se expressar a ideia de contínuo trânsito e movimento: a rua é o local do tráfego, e não da permanência. A mera presença no espaço público não deve constituir o envolvimento dominante do indivíduo, sem nenhuma orientação para objetivos aparentes fora da situação, pois pode ser interpretada como indolência ou vadiagem, comumente consideradas impróprias a ponto

Não obstante, o isolamento e o distanciamento em relação a estranhos, alcançados pela privatização, militarização e desvalorização dos espaços públicos, apresentam um “efeito patogênico”, uma vez que a carência de convívio com a diferença conduz a uma menor tolerância à diferença e, por conseguinte, a uma reação de ainda maior repulsa perante o estranho (mixofobia). A homogeneidade de determinados espaços e circuitos tende então a confirmar os medos que originaram a exclusão, reforçando-a e retroalimentando-se.

Tal fenômeno é compreendido por Jock Young (2002) como a “dialética da exclusão”. Esta é, pois, alimentada pela autossegregação dos indivíduos que, na busca por segurança e por liberdade, isolam-se em locais – “enclaves fortificados de luxo” (WACQUANT, 2004, p. 160) – em que os estranhos não são autorizados a ingressar. A autossegregação possui, pois, um efeito não previsto de que “quanto maior a segurança interna, mais se sente a insegurança e a ameaça do lado de fora: isolamento se autorreproduz e se autojustifica e, ainda, incrementa as demandas por lei e por ordem nos espaços compartilhados” (BAUMAN, 2003, p. 106-107).

Por essa perspectiva, o policiamento é orientado a dissipar perigos e riscos nos espaços públicos, “preservando a ordem”, ainda que para tanto seja preciso esvaziá-los. A partir da especulação do medo, a tônica das políticas estatais voltadas aos espaços públicos assume um viés predominantemente repressivo, calcado na exclusão de indivíduos tidos como ameaças mediante o exercício do poder de expropriação estatal em uma rotina cotidiana de vigilância e repressão policial (HARVEY, 2012, p. 81-82). Se não há o suficiente para prender, manda-se circular os inconvenientes e incivilizados, o que se reflete na proliferação de leis de controle disciplinar do comportamento contrário à ordem (YOUNG, 2002, p. 37-49).

Assim, encetam-se intervenções coercitivas e repressivas contra os segmentos marginalizados, que, concebidos como potencialmente criminosos, emergem como objetos (e não sujeitos) de uma política de segurança (ZACKSESKI, 2002). Permite-se vislumbrar aí uma “contradição estrutural entre o processo de construção social da criminalidade (exclusão) e o processo de construção social da cidadania (inclusão)” (ANDRADE, V., 2013, p. 341).

Por outro lado, tais ações disciplinares, repetidas ostensiva e intensivamente, acabam consolidando a imagem dos inimigos: “a vigilância e as façanhas defensivas/agressivas que ela

de receberem sanções formais. Daí a frequência dos questionamentos dirigidos pelos policiais àqueles que, nos espaços públicos, aparentem não se dirigir ou ocupar-se de nenhum objetivo especial e pareçam “não estar fazendo nada”, seguidos de ordens de imediata locomoção ou circulação. Goffman (2010) registra então que, em Londres, já se decidiu judicialmente que indivíduos têm o direito de andar na rua, mas nenhum direito de ficarem parados nela. Essa regra contra “não ter propósito algum” nos espaços públicos expressa a apreensão causada pela falta de transparência dos que permanecem nos espaços sem exprimir objetivos ou destinos aparentes que permitam a sua previsibilidade. Assim, não se relaciona diretamente à prática de conduta lesiva ou perigosa, mas ao mero desconforto criado pela falta de (pre)visibilidade causada pela ausência de objetivos aparentes.

engendra criam seu próprio objeto” (BAUMAN, 2003, p. 105). Assim, embora o recrudescimento de intervenções policiais repressivas seja comumente justificado pela necessidade de conferir maior sensação de segurança à sociedade, ações coercitivas e repressivas reiteradas de modo estigmatizante produzem padrões homogeneizantes no espaço público e acabam por, paradoxalmente, reforçar os medos dos habitantes.

E, uma vez potencializado o medo público do crime pelas próprias instituições de controle, desencadeia-se uma reação de evitação a partir da qual surgem zonas e locais urbanos “proibidos”, que são deteriorados ou abandonados em virtude de sua associação com condutas delituosas. A atividade policial, nesse rumo, não visa a garantir a livre fruição dos espaços, mas sim desestimula e inibe a sua utilização, especialmente em relação a indivíduos estigmatizados como potenciais ameaças e perigos. Com isso, acaba tornando os espaços ainda mais inseguros. A exclusão prolifera-se, então, em espiral, pois o controle do risco aumenta o risco (BARATTA, 2015, p. 7). Egon Bittner (2003, p. 22) sintetiza tal dinâmica nos seguintes termos:

No nível individual, o medo de crime é uma resposta realista e a apropriada à ameaça de crime. Pessoas que evitam se expor à vitimização reduzem, de fato, sua probabilidade. Mas no nível da comunidade como um todo, um medo de crime sentido por toda uma comunidade tem precisamente o efeito oposto. Quando as pessoas se tornam intimidadas pela ameaça criminal a ponto de se retirarem para espaços privados, na realidade, estão incentivando os predadores.

Portanto, a atividade policial norteadada pelo parâmetro do medo perante o estranho, conquanto vise a reduzir a desconfiança social, acaba por deteriorar os espaços públicos, reforçar a desconfiança e incrementar o próprio medo público. A esse respeito, para Bauman (2009), uma reviravolta em relação a esse processo cíclico que se autorrevigora só pode ser alcançada a partir da proliferação de experiências compartilhadas.

É certo, porém, que não há como compartilhar experiências sem compartilhar espaços. A viabilização de experiências compartilhadas exige, pois, posturas inversas àquelas que colaboram para a dialética da exclusão. Demandam-se a valorização e a ocupação dos espaços públicos, mediante a ampla acessibilidade e diversidade dos transeuntes. Tais características, além de serem importantes para a redução da sensação de insegurança, são relevantes para a própria segurança objetiva dos espaços públicos (JACOBS, 2014).

Nesse rumo, Jane Jacobs (2014) ressalta que o principal fator de segurança nas ruas públicas é a movimentação contínua de pedestres, a fim de aumentar o número de transeuntes, moradores e comerciantes atentos aos acontecimentos locais. Por isso, é essencial que as ruas possuam infraestrutura para receber fluxos de desconhecidos e não só de moradores locais. Para

tanto, três fatores são relevantes: a separação nítida entre espaço público e espaço privado, a possibilidade de que moradores e comerciantes visualizem o espaço público e, por fim, a continuidade ininterrupta do trânsito de pedestres nas calçadas³⁵³.

Portanto, a segurança de um local público não requer a imunidade a estranhos, mas, exatamente ao contrário, depende de este ser atraente ao fluxo contínuo de desconhecidos, cuja liberdade e incolumidade deve então ser também tutelada, ao lado da incolumidade dos próprios moradores do local e de seu patrimônio (JACOBS, 2014). Enfatiza-se, com isso, ademais, o efetivo *direito à cidade*, a ser usufruída por todos. Não há um método certo e definido para atingir uma situação do tipo, uma vez que não se pode obrigar as pessoas a tomar nenhuma de tais atitudes, mas meramente propiciar atrativos e incentivos para o uso dos espaços. Tampouco se pode afirmar que apenas tais medidas sejam por si só suficientes para garantir a segurança, em larga escala, nas cidades modernas, tendo em vista que se trata de uma proposta de prevenção estritamente situacional³⁵⁴.

De todo modo, é certo que tal conformação não é propiciada por táticas policiais de viés disciplinar e discriminatório, as quais, ao revés, visam à intimidação de estranhos e impelem à deterioração e à homogeneização dos espaços públicos. Ao revés, as políticas de segurança devem se conectar com a preocupação com a inclusividade e atratividade dos espaços, observadas as demandas concretas da população. Por isso, o policiamento não deve ser orientado a garantir o gozo de determinados espaços apenas por determinados grupos, mas sim a tutelar a liberdade de circulação e a possibilidade da copresença entre estranhos.

5.3. Suspeição jurídica e suspeição extrajurídica: um esforço de racionalização do poder policial

³⁵³ Para Jacobs (2014), essa conformação espacial é viabilizada a partir de um número substancial de estabelecimentos e locais públicos diversificados ao longo das ruas, de modo que haja um fluxo contínuo de pessoas, que percorram também ruas e locais que, por si sós, não atrairiam pessoas, mas que se tornam parte do trajeto para outros locais e assim se tornam também movimentados em horários distintos do dia e da noite. Por outro lado, destaca que a própria movimentação contínua de pessoas constitui, em si, um atrativo para mais pessoas e, ao mesmo tempo, atrai também a atenção de moradores, comerciantes e transeuntes, que passam a contemplar o fluxo urbano. No ponto, ressalta Jacobs (2014) que o moralismo típico do urbanismo ortodoxo costuma obliterar o fato de que uma igreja e um bar altamente frequentados desempenham, para a segurança, papel virtualmente idêntico, conquanto o último seja associado à baderna e à desordem. Destaca que em geral os próprios comerciantes incentivam a ordem. Assim, bares, restaurantes e outros pontos de convergência são centrais para a segurança.

³⁵⁴ A prevenção primária, identificada mais genericamente como “prevenção social”, refere-se ao investimento na qualidade de vida por meio da melhoria da inserção social, educação, trabalho e outras condições materiais básicas. A prevenção secundária é orientada seletivamente àquelas áreas ou grupos associados a um maior risco de cometimento de crime, a fim de conter sua incidência, v.g. prevenção situacional. A prevenção terciária, por fim, destina-se aos agentes que já cometeram crimes, a fim de evitar a reincidência delitativa (GOMES; MOLINA, 2002).

A transição de um modelo de controle social disciplinar atrelado à dialética da exclusão e orientado à efetivação do direito à segurança para um modelo de controle social voltado à garantia da livre circulação pública e à segurança de direitos requer mudanças no policiamento urbano. Entre outras, requer uma alteração da relação entre a polícia e os tipos sociais rotulados como estranhos, perigosos, ou, simplesmente, como *suspeitos*.

Nesse passo, cabe registrar que a suspeição é uma categoria fulcral para a atividade policial, já que os encontros entre policiais e transeuntes no espaço público são diferenciados conforme sejam ou não orientados pela suspeição (LIMA, Roberto, 1989). Ao lidar com não-suspeitos, como vítimas reais ou potenciais de crimes, o policial age como “um ser solícito, um prestador de serviço público” e atua, por exemplo, “informando quais ações podem facilitar a ação do criminoso” (SILVA, G., 2009, p. 97). Por outro lado, ao lidar com suspeitos, o objetivo policial é “demonstrar que os indivíduos estão sendo vigiados pelos policiais” (SILVA, G., 2009, p. 97) e a intervenção policial envolve atos de coerção e restrição de direitos – a exemplo da busca pessoal –, e não atos de mero auxílio ou orientação.

Ao direcionar suas intervenções coercitivas a partir de um olhar predominantemente orientado pela *suspeita*, o aparato policial dá ensejo a práticas sistemáticas de repressão, que implicam restringir fluxos e acessos, limitar usos e apropriações dos espaços e excluir indesejáveis. Os suspeitos são tidos como desviantes, imprevisíveis e incontroláveis que escapam à ordem instituída e ameaçam o equilíbrio e a harmonia de determinada composição socioespacial. São os inassimiláveis que requerem o máximo da atenção e do vigor da polícia.

Nessa dinâmica, a fruição dos espaços é propiciada por um recorte seletivo e estigmatizante que é ratificado pelas próprias polícias: os suspeitos são intimidados, expropriados, desenraizados e desintegrados (JACOBS, 2014, p. 3). Portanto, a suspeição é institucionalizada como um fundamento suficiente para a restrição de direitos e liberdades e o seu manejo descontrolado e potestativo é central para a disciplinarização dos espaços públicos.

Contudo, um modelo de intervenção policial orientado a garantir a convivência entre indivíduos livres e diferentes é incompatível com essa pretensão incessante de meramente identificar e reprimir desviantes. Ao revés, o exercício da governabilidade nos ambientes urbanos, marcados pela heterogeneidade, dinamicidade e pluralidade, exige processos decisórios flexíveis, ágeis e descentralizados, praticados coordenada e cooperativamente por múltiplas agências e instituições (DIAS NETO, 2005), com o fito de gerir e não de extirpar as características dos espaços públicos.

Quanto ao ponto, Herman Goldstein (2003) destaca que há três principais formas de patrulhamento urbano: a utilização de rondas para atendimento a solicitações dos cidadãos, a

manutenção da presença policial e a investigação de situações suspeitas. Estas duas últimas são classificadas como formas de patrulhamento preventivo. Quanto à investigação de condutas suspeitas, Goldstein (2003) enfatiza que a intervenção arbitrária diante de situações desprovidas de elementos concretos constitutivos de suspeição é carregada de risco de equívoco e constrangimento, o que “acarreta muitas das rugas entre a polícia e grupos minoritários”. Portanto, a realização forçada de abordagens coercitivas de suspeitos em maior quantidade “resulta em um maior número de cidadãos constrangidos pelas averiguações policiais”, especialmente porque “seu desejo de estabelecer a reputação e serem duros e eficientes acaba muitas vezes lhe reputando um comportamento cruel e brutal” (GOLDSTEIN, 2003, p. 79).

Nesse passo, Goldstein (2003, p. 79) sentencia que o uso excessivo de intervenções coercitivas, tais como a *stop and frisk* e a busca pessoal, como mecanismo de visibilização da presença policial é um elemento do patrulhamento policial “em sua pior forma”:

Em sua pior forma, o patrulhamento efetuado por policiais táticos consiste em parar e inquirir [*stop and inquire*] um número enorme de pessoas, apenas para alertar a vizinhança de que uma unidade tática está nas redondezas. A *National Advisory Commission on Civil Disorders* concluiu que designar essas unidades para o patrulhamento preventivo agressivo foi o fator que mais contribuiu para o sentimento de hostilidade de comunidades negras em relação à polícia. Com críticas desse tipo, a polícia tem uma grande responsabilidade para avaliar as várias formas de patrulhamentos que vêm sendo empregadas.

Assim, nota-se hostilidade e a desconfiança despontam, em especial, de intervenções coercitivas e repressivas diante de pessoas, atitudes ou situações rotuladas como suspeitas pelo aparato policial. Nesse passo, constata-se que a prática generalizada de abordagens policiais com o objetivo de afirmar a própria presença policial tem o efeito colateral negativo de provocar o distanciamento entre as polícias e os grupos historicamente discriminados.

No que toca a esse particular, Jock Young (2002) assinala que a suspeita estereotipada atribuída pelo aparato policial a indivíduos pertencentes a grupos marginalizados é entendida como um reflexo da exclusão, do descaso e da renegação desses grupos por parte do Estado. Assim, a intervenção policial, quando ancorada na noção de suspeição e insuficientemente fundamentada, é compreendida como uma interação representativa do grau de (não) reconhecimento de direitos desses cidadãos por parte do aparato policial, cavando em relação a esta um “fosso de desconfiança” (WACQUANT, 2011, p. 45).

Assim, Jacobs (2014, p. 37) chega a destacar que, para promover a utilização dos espaços públicos, o exercício da vigilância e do policiamento mútuos pelos próprios cidadãos é preferível à intensificação da atuação das polícias. Isso porque “a segurança das ruas é mais

eficaz, mais informal e envolve menos traços de hostilidade e desconfiança exatamente quando as pessoas as utilizam e usufruem espontaneamente e estão menos conscientes, de maneira geral, de que estão policiando” e, também, de que estão sendo policiadas.

Nesse passo, vê-se que, com base em uma manipulação potestativa da noção de suspeição, a possibilidade ilimitada de interpelação dos transeuntes em seus caminhos cotidianos reproduz a dialética da exclusão e, pior, fragiliza o Estado de Direito, pois reforça a fragilização dos direitos do cidadão perante a autoridade policial, a qual pode destilar seu poder de coerção sem ser submetida a constrictões ou vinculações previamente estabelecidas na ordem jurídica. Assim, a prática generalizada de atos coercitivos em face de suspeitos implica que a liberdade e a privacidade individuais perdem força no espaço público em virtude da intervenção descontrolada das forças policiais que nele deveriam atuar exatamente para tutelar tais direitos.

Por conseguinte, intervenções coercitivas em face de suspeitos devem ser minimizadas em virtude de seu impacto homogeneizante e disciplinar. Em contrapartida, os policiais devem procurar ser percebidos como autoridades garantidoras de direitos, as quais reprimirão práticas delituosas e coibirão práticas danosas e perigosas à fruição dos direitos e liberdades dos demais, e não como bedéis à procura incessante dos mais bagatelares desvios e irregularidades a serem detectados e reprimidos como um fim em si mesmo. Esta última postura, amparada essencialmente na suspeição generalizada por parte de policiais, fardados e armados, faz com que a presença policial seja interpretada como generalizadamente hostil e potencialmente violenta, pois não se restringe a coibir as práticas criminosas, mas, para além disso, intimida, inibe e desestimula a presença nos espaços públicos.

Fixadas tais premissas, cumpre considerar que, conforme elucidado nos capítulos precedentes – em especial no capítulo 3 –, a noção de suspeição não é unidimensional. Por exemplo, a noção de “fundada suspeita de posse de arma proibida ou corpo de delito” não se confunde com as de “atitude suspeita” ou “indivíduo suspeito”. Ante tal cenário, Gilvan Silva (2009) traça uma distinção entre os tipos ideais de suspeito judicial, suspeito criminal, indivíduo suspeito, ação suspeita e situação suspeita:

- a) O suspeito judicial: Para definir o suspeito judicial é necessário compreender a ordem na qual se estrutura a lógica de construção de tal definição. Primeiramente ocorre o fato tido como contrário à ordem legal, aparentemente típico, e após esse momento, procura-se identificar o agente, ou seja, o suspeito do cometimento da determinada ação, a partir dos indícios constatados do fato. Ou seja, a fundada suspeita, conceito jurídico apresentado pelo Código de Processo Penal e carente de preenchimento de sentido, é entendida através dos indícios factuais de determinado acontecimento. [...]
- b) O suspeito criminal: Trata-se do indivíduo que teve, em um momento anterior de sua vida, algum envolvimento criminal, evento este que marca sua reputação social,

ou seja, são aqueles que, de alguma forma, se ‘iniciaram’ na criminalidade. São vistos pelos policiais e pela sociedade como indivíduos marcados e reprováveis, já que há uma expectativa de que estes venham a delinquir novamente. Os policiais fazem uso do recurso da memória individual, já que os indivíduos encaixados na categoria de suspeito criminal “*são reconhecidos, acompanhados e suas características momentâneas são memorizadas*”. [...]

c) O indivíduo suspeito: A noção de indivíduo suspeito passa muito pelo controle dos corpos dos indivíduos, ou seja, o policial procura identificar a desordem ou ordem nos corpos daqueles observados, tentando controlar as culturas discrepantes da cultura dominante. Ou seja, há sinais corporais, sinais de disciplina, que identificam o indivíduo como suspeito ou como vulnerável. Junto ao controle corporal vem o controle do movimento deste e das vestimentas. [...]

d) A ação suspeita: Já esta categoria trata da ação, do comportamento do indivíduo. Certas ações, movimentos, comportamentos, são categorizados, pela polícia, como suspeitos. Exemplo é o ato de ‘circular’, que na linguagem policial significa *revelar, por meio de gestos, de olhares ou de quaisquer outras ações o que não poderia mostrar*, ou seja, algo que o sujeito está a esconder. Ademais, os papéis sociais, ou seja, aqueles comportamentos que são socialmente esperados de certas pessoas com certas características, possuem forte influência na categorização de ação suspeita, já que, se essas expectativas são rompidas, a suspeita se levanta. [...]

e) A situação suspeita: A situação suspeita engloba o controle do local ou situação na qual os atores sociais estão inseridos. Trata-se principalmente da imagem que o policial possui de determinado local e além, da adequação entre indivíduo e local, assim, os atores precisam estar com seus corpos em sintonia com o local onde estão. Se determinando indivíduo, trajando roupas denominadas do ‘kit peba’, se encontra caminhando nas ruas de um bairro nobre, ele se encontrará em uma situação de inadequação, portanto, se tornará um suspeito. Ou em casos que um indivíduo com aparência de pobre dirige um carro de valor elevado. (SILVA, G., 2009, p. 83-85; 86-90; 97-100; 102-105; 107-110)

A noção de “suspeito judicial”, note-se, é a única que expressa a percepção de indícios da prática de um delito sob investigação. É a única que esboça alguma correlação com as condutas abstrata e taxativamente criminalizadas na legislação penal:

A lógica da construção do suspeito judicial é nítida: primeiramente, há a incidência criminosa, há o delito; posteriormente, há a tentativa de estabelecer a identificação do criminoso. Como meios para tal procedimento e para a constituição da verdade jurídica (estabelecimento de prova que comprove materialidade do fato delituoso e sua ligação com o suspeito) há as buscas e as apreensões necessárias, sendo possíveis tais atos sem a necessidade do mandado de busca e apreensão, ou até mesmo sem a instauração do inquérito, devido à urgência. (SILVA, G., 2009, p. 85)

Assim, na dinâmica de construção do “suspeito judicial”, primeiro há o ato delituoso cujos indícios são angariados, seja por denúncia popular, seja por investigação, e, depois, há a intervenção policial embasada nos indícios desse delito e orientada à sua elucidação e à obtenção de prova da materialidade e autoria delitiva. Esse tipo de suspeição pode ser denominada *jurídica*, por ser regulada e controlável com base na ordem jurídica – ou também *judicial*, como faz Gilvan Silva (2009), por ser passível de controle pelas agências judiciais.

Nessa trilha, a noção *de fundada suspeita de arma proibida ou de corpo de delito* exigida pelo art. 244 do CPP para a prática da busca pessoal deve ser compreendida como uma

espécie de suspeição jurídica, pois se apresenta como regulada e controlável na ordem jurídica. Na aplicação desse permissivo legal, primeiro há indícios da prática de um crime e da posse de objetos relacionados a tal crime por parte de um indivíduo e, depois, há a busca pessoal orientada à descoberta de provas da materialidade e autoria do delito investigado. Portanto, há uma correlação entre os fatos concretos e as previsões legais abstratas, de modo que o dispositivo exige um juízo de subsunção normativa pelo seu aplicador, o qual pode ser revisto por um terceiro. Logo, o caractere essencial da suspeita mencionada pelo art. 244 do CPP é que a sua aplicação é regulável e controlável (o qual permite conceituá-la como *jurídica*).

No entanto, na prática cotidiana da busca pessoal pelas polícias brasileiras, o manejo da suspeição pelos policiais, não raro, afasta-se dessa noção delimitada pela ordem jurídica, sobretudo em função da leitura incompleta do art. 244 do CPP, capitaneada pela própria doutrina processual penal. Despontam então, em contrapartida, outros sentidos da suspeição (v.g. suspeito criminal, indivíduo suspeito, ação suspeita, situação suspeita), nos quais a construção da suspeita não é regulada pela ordem jurídica e não é passível de controle de validade. Nesses casos, a abordagem ocorre “sem a denúncia ou o conhecimento de um ato delituoso”. Pode haver pelo policial uma expectativa meramente intuitiva da prática de um delito, “sem indicar com exatidão qual” (SILVA, G., 2009, p. 85). O caractere comum entre essas noções é a não regulamentação pela ordem jurídica e a consequente impossibilidade de controle de validade. São, pois, hipóteses de suspeição policial (extrajurídica).

A suspeição extrajurídica exsurge, portanto, de um juízo genérico de desconfiança, inadequação, estranheza ou não-pertencimento, e não da aferição de indícios objetivos da prática de infração penal, passíveis de regulação e controle a partir das diretrizes legais. A rotulação de pessoas, atitudes e situações como suspeitas a partir de critérios extrajurídicos ocorre então de modo potestativo – sem a submissão a condições, limites ou vinculações jurídico-legais, mas sim com base em critérios arquitetados pelos próprios policiais. Nesse sentido, cabe destacar que a suspeição extrajurídica revela uma íntima proximidade com o estigma (GOFFMAN, 2008): ambos implicam uma postura de desconfiança em relação a um indivíduo cuja conduta ou atributos chamam a atenção e denotam um perigo.

Quanto ao ponto, é importante registrar que o tirocínio, tal como conceituado no capítulo 2, figura como um importante método de formação da suspeição extrajurídica, atrelada a uma “paranormalidade”, “sexto sentido” ou “sentido-aranha” dos policiais, vale dizer, a um juízo de desconfiança que seria aprimorado pelo policial a partir de sua experiência prática e lhe permitiria identificar, “atitudes suspeitas”, “indivíduos suspeitos” ou “situações suspeitas”, não necessariamente constitutivas de indícios objetivos da prática de infração penal. A despeito

da remissão à experiência profissional, observou-se, porém, no capítulo 2, que a suspeição amparada no tirocínio em pouco se distingue do senso comum: a suspeição que ampara o pedido do cidadão por uma abordagem aproxima-se “da suspeição policial de indivíduo suspeito, ação suspeita ou situação suspeita; e afasta-se da suspeição jurídica, que necessita de uma fundada suspeita, de algum elemento que ligue o indivíduo a algum delito” (SILVA, G., 2009, p. 147).

Cabe enfatizar então que as manifestações da suspeição policial (extrajurídica), tais como classificadas por Gilvan Silva (2009), expressam tentativas de vigilância, controle e correção típicas do sistema disciplinar de controle social. A identificação do *indivíduo suspeito* se ampara, sobretudo, em mecanismos de controle do corpo, padrões estéticos, boa aparência, linguagem, gestos e trejeitos e se constrói em oposição ao tipo ideal da vítima (não-suspeito). A identificação do *suspeito criminal*, de sua parte, além de servir ao controle do indivíduo vinculado ao sistema criminal, relaciona-se também ao controle da sociabilidade: a interação e com suspeitos criminais implica o “contágio” da suspeição. A *ação suspeita*, por outro lado, permite o controle do comportamento: as ações devem adequar-se às expectativas e aos papéis sociais admitidos em determinado contexto, controlando-se a própria reação à presença policial: gestos, olhares e trejeitos são cotejados com “um arcabouço de ações pré-definidas como normais, como ações esperadas para determinados indivíduos” (SILVA, G., 2009, p. 103). Por fim, a *situação suspeita* relaciona-se ao controle do ambiente, aí incluindo a checagem de papéis sociais e o controle temporal e geográfico, a partir da segregação socioespacial, sendo possível distinguir lugares, regiões e cidades suspeitas³⁵⁵: objetiva-se detectar se os “indivíduos estão no seu cenário apropriado” (SILVA, G., 2009, p. 125). A suspeição extrajurídica insere-se então em uma dinâmica de controle do nível micro (corpo) ao nível macro (cidade).

Extraí-se daí que a suspeição extrajurídica funciona como uma *categoria de subversão do sistema de legalidade estrita em um sistema disciplinar*, pois basta para a coerção a mera inadequação aos padrões de conduta permitidos pelo aparato policial nos espaços públicos, ditados sem correspondência com as condutas taxativamente proibidas na ordem jurídica.

³⁵⁵ Os tipos ideais de suspeição referentes a indivíduos, ações e situações conduzem a dois padrões de intervenção: ações de controle/contenção, “em locais, setores ou cidades suspeitas com o objetivo de controlar os indivíduos suspeitos naquela região”, e ações de higienização, “as operações policiais realizadas em lugares, setores e cidades não-suspeitas com o objetivo de identificar e controlar objetivos suspeitos” (SILVA, G., 2009, p. 171). Tais categorias de suspeição relacionam-se mutuamente e reforçam-se em relação ao objetivo de controle da circulação, que incide de maneira seletiva a partir da sobreposição de clivagens sociais e raciais que norteiam o olhar policial. Assim, v.g., eventual mudança de comportamento diante do aparecimento de viatura ou guarnição policial é descrita pelos policiais como o ato de “circuitar”, o qual seria uma “ação suspeita”, indicativa de algo que o indivíduo estaria escondendo e justificaria a abordagem. No entanto, “os policiais militares tendem a observar os indivíduos suspeitos, na expectativa que *circuitem* em algum momento” (SILVA, G., 2009, p. 103). Então, embora “circuitar” seja uma conduta objetiva (ação suspeita), ela só conduz à abordagem dos que destoam do contexto (situação suspeita) ou que já estão sob o foco da vigilância policial (suspeitos criminais ou indivíduos suspeitos).

Qualquer mais tênue desvio pode servir como fundamento para a restrição de direitos e liberdades, tornando assim indefinida a esfera de condutas cerceáveis pelo aparato policial. Nesse sentido, o pressuposto para a aplicação das medidas policiais coercitivas “não é, de fato, a comissão de um crime, mas uma simples qualidade pessoal determinada vez a vez com critérios puramente potestativos: aquela de ‘suspeito’ ou de ‘perigoso’” (FERRAJOLI, 2014, p. 706). Imperativo alertar, pois, que a própria noção de “suspeito”, ao deixar de se vincular a uma “clara predeterminação legal”, deixa espaço a “medidas em branco baseadas em valorações tanto opinativas quanto não controláveis” e, por tal condição, mostra-se incompatível “com as formas de estrita legalidade” (FERRAJOLI, 2014, p. 707).

Assim, em síntese, a busca pessoal baseada em suspeição jurídica ampara-se em um juízo de subsunção normativa passível de controle por um terceiro independente e imparcial (magistrado), que verificaria se os fatos e circunstâncias conhecidos pelo policial realmente configuram indícios da posse de corpo de delito, em um juízo de cognição do fato e reconhecimento da norma incriminadora. A suspeição extrajurídica, por sua vez, é um juízo potestativo de mera adjetivação, impassível de tal controle. Então, ao vislumbrar o contraste ente os conceitos, Medeiros (2010, p. 50), em oposição ao “suspeito fundado” (que seria identificado a partir dos critérios de suspeição jurídica balizados pelo art. 244 do CPP), menciona o “suspeito intuído”, que seria aquele “que, em razão das circunstâncias de conduta, tempo e/ou lugar desperta no policial uma presunção de ameaça à tranquilidade pública, embora tal desconfiança não possua relação direta com determinado delito”³⁵⁶.

Contudo, a despeito dessa nítida diferenciação entre a suspeição jurídica e suspeição extrajurídica, verifica-se que, conforme explorado no capítulo 3, há um “esforço policial em aproximar as categorias não-judiciais da suspeição judicial para que haja a unificação dos discursos e das práticas nas interações destas duas instituições” (SILVA, G., 2009, p. 85), o que permitiria legitimar intervenções policiais embasadas em critérios de suspeição extrajurídica.

Tal aproximação deve ser desconstituída, haja vista que a admissão da suspeição extrajurídica como fundamento para a intervenção policial enceta o uso generalizado e descontrolado da coerção policial e torna deficitária e precária a fruição dos direitos

³⁵⁶ Conceito constante da Nota de Instrução Operacional n. 024.1 da Brigada Militar do Rio Grande do Sul (BMRS), de 2008. Medeiros elogia a diferenciação entre “suspeito fundado” e “suspeito intuído”, mas ressalva que o conceito deve ser corrigido, pois se concentra “na pessoa e não na conduta”. Defende que a busca pode ser exercida sem “fundada suspeita”, mas condicionada “a uma análise das situações do momento e que motivarão a ação policial”. (2010, p. 50): “não se quer legitimar toda e qualquer abordagem policial, sob o manto do poder de polícia, sob pena de se estar legitimando abusos de toda ordem, mas há que se respeitar o princípio da proporcionalidade, em que se entende que alguns casos requerem que o policial aja, mesmo quando não se configure fundada suspeita, mas que a sociedade espera que ele adote uma atitude proativa, saindo de sua inércia e agindo em nome do coletivo, visando a paz social”. (MEDEIROS, 2010, p. 51).

fundamentais: autoriza-se a violação de direitos do suspeito até que a dúvida ou desconfiança policial seja afastada, o que leva a abordagem policial a um campo disciplinar em que os direitos fundamentais são neutralizados e o comando policial é inescapável. Portanto, a suspeição extrajurídica, ainda que funcione como um filtro para a percepção social, não pode servir como fundamento suficiente para a restrição de direitos. A polícia deve alicerçar suas intervenções coercitivas na suspeição jurídica, de modo que sejam juridicamente reguláveis e controláveis.

5.4. Condições de validade do poder policial de abordar e revistar nos espaços públicos urbanos

De tudo quanto exposto acima, pode-se sintetizar, em primeiro lugar, que, ao transitar nos espaços públicos, os indivíduos são titulares do direito de ser deixado em paz, o qual se funda nos direitos à liberdade, à privacidade e à diferença e dá substrato à expectativa de não-intervenção policial arbitrária. Consequentemente, toda abordagem policial no espaço público deve ter um fundamento concreto e objetivo que justifique a interpelação ao indivíduo³⁵⁷.

Ademais, cumpre constatar que, em particular no que toca à regulamentação da copresença nos espaços públicos (“preservação da ordem pública”), os policiais devem atuar como autoridades garantidoras de direitos e assim, devem instrumentalizar seu poder coercitivo para fazer valer tais direitos, pela repressão de infrações penais e pela coibição de outras condutas danosas ou perigosas a terceiros. Contudo, a fim de que tais intervenções coercitivas não perpetuem a dialética da exclusão e a mixofobia e sejam reguláveis e controláveis juridicamente, é necessário que se amparem em prévios indícios concretos e objetivos das condutas que devem ser reprimidas ou coibidas (suspeição jurídica), não bastando como fundamento para a coerção policial a mera adjetivação de atitudes como suspeitas a partir de um juízo genérico de desconfiança, estranheza ou não-pertencimento (suspeição extrajurídica).

Fixadas tais premissas gerais, observa-se a seguir que (1) uma abordagem policial se caracteriza como coercitiva sempre que o indivíduo não se sentir livre para ignorar a interpelação e ir embora, e deverá estar amparada em suspeição jurídica; (2) uma abordagem policial em que o indivíduo se percebe um suspeito é sempre uma abordagem policial coercitiva que afeta o direito de ser deixado em paz em todas as suas facetas e constitui um primeiro estágio de mitigação da presunção de inocência; (3) a busca pessoal sempre pressupõe uma abordagem policial coercitiva (retenção) em que o indivíduo se percebe um suspeito e provoca

³⁵⁷ Conforme abordado no capítulo anterior, tal postulado foi firmado pela Corte de Apelações do Estado de New York no caso *People v. DeBour* 40 N.Y. 2d 210 (1976).

múltiplas restrições de direitos que permitem qualificá-la como uma medida eventualmente penal, razão pela qual sua instrumentalidade deve ser estritamente observada em relação às aquelas admitidas na ordem jurídica.

5.4.1. A retenção (abordagem policial coercitiva) e o rótulo da suspeição: a restrição ao direito de ser deixado em paz e o primeiro estágio de mitigação da presunção de inocência

Embora os encontros entre policiais e cidadãos no espaço público sejam multifacetados, a interação entre policiais e cidadãos é marcada por um componente quase sempre presente, causador de irremediável tensão ao indivíduo abordado: a possibilidade do uso da força. Esta decorre do próprio mandato policial. Por isso, a abordagem policial, não raro sem que o policial nem mesmo o queira, provoca no indivíduo temor e submissão. Em regra, a farda, por si só, provoca sujeição e obediência (*metus publicae potestatis*)³⁵⁸. Como consequência, a abordagem policial tende a ser não uma interação social facultativa, mas sim uma interação coercitiva para o abordado.

Ademais, em uma abordagem, o cidadão interpelado é impactado, também, não só pelas ordens explícitas, mas também pela postura do próprio policial: alterações no tom de voz, gestos, ou expressões do agente de polícia podem ser suficientes para incutir no indivíduo a percepção de que a interpelação policial é uma ordem, comando, e não mero pedido ou solicitação, de modo que não pode ignorar o policial que o interpela. Por outro lado, em locais em que as polícias são conhecidas por agir de modo arbitrário, esse caractere coercitivo da abordagem proativa é quase inevitável, sobretudo em relação aos grupos e categorias que sofrem com o abuso policial – e independentemente da postura adotada pelo policial no caso concreto. Assim, cabe mencionar que, na pesquisa ICJBrasil, já se aferiu que 56% dos brasileiros “concordam que se deve fazer qualquer coisa que um policial pede, mesmo quando se discorda da requisição” (CUNHA *et al.*, 2016, p. 18).

Portanto, pode-se sintetizar que, nos casos em que o indivíduo não se sente livre para ignorar a interpelação policial e ir embora, a abordagem policial não configura uma interação

³⁵⁸ Não por outro motivo, na análise da tipicidade dos crimes de concussão (CP, art. 316) e corrupção passiva (CP, art. 317), ressalta-se que a autoridade inspira um temor genérico no administrado, razão pela qual a mera utilização de tal temor para a obtenção de vantagem ilícita configura uma exigência e não mera solicitação em face do administrado. Por todos, ver MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 285-286. Nesse sentido, há que se notar que a abordagem por um policial, fardado e armado, em via pública, muito provavelmente configurará – mesmo que eventualmente o policial não o queira – uma situação de *metus publicae potestatis*, vale dizer, uma “situação em que o cidadão atua com reverência e temor quando está diante de uma autoridade pública” (GRECO, 2007, p. 399).

social facultativa (como aquelas travadas com outros cidadãos), mas sim uma intervenção policial coercitiva, que restringe, ainda que em caráter breve e precário, a liberdade de ir e vir do indivíduo (retenção). Já por tal motivo, a fim de que a liberdade de ir e vir não seja submetida ao arbítrio policial, exige-se suspeição jurídica para retenções no espaço público.

Demais disso, uma vez definida a retenção como uma abordagem policial coercitiva, é importante notar que a abordagem policial em que o cidadão se percebe selecionado como um *suspeito* configura uma retenção, pois, ao se perceber suspeito sob o olhar policial, o indivíduo se sente capturado pelo policial que o interpela e que pode submetê-lo a intervenções mais gravosas no âmbito da persecução penal. O indivíduo rotulado como suspeito é, pois, submetido ao mando policial, cuja inobservância pode ensejar o uso da coerção contra si. Assim, o manejo do rótulo da suspeição, por si só, constitui um dispositivo de coerção, uma vez que inibe a liberdade ambulatorial do indivíduo e subordina-o ao poderio policial.

Com efeito, há um componente ínsito de constrangimento e intimidação na abordagem policial aos suspeitos, ainda que o rótulo da suspeição seja articulado de modo sutil, tal como ilustra a descrição literária ficcional de Philip K. Dick:

Sua sensação de quem e o que era ficava realmente bagunçada quando algum Homem o abordava. Quando policiais fardados, em patrulha, ou policiais em geral, qualquer um deles, chegava, por exemplo, passando devagar pela sarjeta perto dele, com um jeito intimidante enquanto andava, e o colocava sob escrutínio de cima a baixo com um olhar intenso, afiado, metálico e inexpressivo, e então, como de costume e claramente por capricho, estacionava e acenava para ele.

“Vamos lá, mostre a sua identidade”, diria o policial, estendendo a mão. E então, enquanto Arctor-Fred-sabe-Deus-quem revirava seu bolso da carteira, o policial gritaria para ele: “Você já foi PRESO?”; ou, numa variação da pergunta, acrescentando: “ANTES?”. Como se ele estivesse prestes a ir para o cilindro naquele exato momento.

“O que tá pegando?”, era o que ele costumava dizer, se dissesse alguma coisa. Naturalmente, uma multidão se formaria em volta. A maioria deles supondo que ele tinha sido pego vendendo na esquina. Eles soltavam um sorriso apreensivo e esperavam para ver o que acontecia [...]. (DICK, 2016, p. 38)

Nesse passo, a abordagem policial mediada pela *suspeição* é especialmente imbuída de características como a confusão, o embaraço e o constrangimento para o cidadão. Em uma interação com um policial, o cidadão calcula cada palavra e cada movimento, a fim de não ser mal interpretado pelo agente que o interpelou e acabar confirmando a suspeita inicial. Em um ambiente discriminatório, tais características são potencializadas pelos estigmas padronizados e tomados como premissa por ambos os sujeitos da interação (pelo policial, para ensejar a observação mais minuciosa, e pelo o indivíduo, para vigiar-se e “policiar-se” de antemão com o fito de não corroborar a suspeita que sobre ele já paira).

Portanto, a submissão de indivíduos rotulados como suspeitos a abordagens policiais resulta na criação de uma forma de controle sobre o indivíduo em função de suas características e apresentação pessoal. Com isso, a fim de não ser identificado como suspeito, o indivíduo é impelido a autopolicar-se e a autovigiar-se, em antecipação à observação dos demais com o fito de normalizar a sua representação exterior perante o olhar de terceiros e, em especial, perante o olhar dos policiais. Por isso, um esforço em desvencilhar-se do rótulo da suspeição demanda que o indivíduo abdique de pretensões relacionadas à representação de sua identidade, e se dedique, em contrapartida, em adotar atributos do indivíduo não suspeito, do indivíduo “normal” ou “neutro”. Com isso, o comportamento do indivíduo deixa de ser positivo, isto é, no sentido de demarcar a sua representação em determinado contexto, para passar a significar tão somente uma posição defensiva, de neutralidade. Nesse sentido, Becker observa que “ser apanhado e marcado como desviante tem importantes consequências para a participação social mais ampla e a autoimagem do indivíduo. A mais importante é uma mudança drástica em sua identidade pública” (2008, p. 42).

Essa imposição tácita de uma autovigilância do comportamento, a fim de não ser percebido e tratado como suspeito, impacta a autonomia individual, impondo uma restrição à liberdade do ser humano de formatar a sua própria existência e determinar sua própria personalidade e identidade, vale dizer, impondo uma restrição ao direito à diferença. Consequentemente, em especial ao abordar indivíduos historicamente discriminados, o policial deve apresentar fundamentos concretos e objetivos para a abordagem, a fim de reduzir a possibilidade de a intervenção ser percebida como mera reação de aversão à diferença.

Portanto, a retenção embasada na rotulação do indivíduo como suspeito é caracterizada não só pela restrição direta à *liberdade ambulatorial*, mas também pela restrição à *privacidade exterior* e à *diferença*, e assim configura uma intervenção que restringe o direito de ser deixado em paz em todas as suas facetas.

Demais disso, ao incidir sobre a relação entre policiais e indivíduos, o direito de ser deixado em paz relaciona-se, também, à presunção de inocência (CF/88, art. 5º, LVII)³⁵⁹. Tradicionalmente, entende-se que a presunção de inocência possui três facetas: constitui uma

³⁵⁹ CF/88, art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Cf. também: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, (1789): “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966): “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”; Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

garantia política, uma regra probatória e uma regra de tratamento. Pelo primeiro viés, a presunção de inocência constitui um fundamento basilar da relação entre o Estado e os cidadãos e impõe àquele o ônus de garantir o devido processo legal como condição necessária para a verificação jurisdicional da culpa do indivíduo por determinado delito. Pelo segundo, a presunção de inocência implica que o reconhecimento da culpa só pode ocorrer mediante a devida comprovação pelo Estado-acusador, o que firma como consectário o princípio do *in dubio pro reo*. E, pelo último, a presunção de inocência veda a equiparação do tratamento dado a inocentes e culpados (GOMES FILHO, 1994).

O *status* jurídico de inocente, portanto, “impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade” (GOMES FILHO, 1994, p. 31). Ademais, por força do ônus probatório atribuído ao Estado-acusador, a restrição de direitos fundamentais no curso da persecução penal exige a demonstração de fatos concretos que indiquem em grau progressivo a subsunção da conduta do agente à norma incriminadora. Por fim, a presunção de inocência constitui uma garantia contra a opressão e assegura que, antes da condenação definitiva, deverão ser ao máximo mantidas as liberdades constitucionais do imputado (*favor libertatis*). Como consequência, a execução de medidas que presumam a culpabilidade deve ser sempre justificada concretamente pela existência de indícios razoáveis da prática de infração penal. Inexistentes tais indícios, o indivíduo deve ser tratado como inocente, remanescendo hígidos todos os seus direitos fundamentais, sobretudo em sua esfera de inviolabilidade pessoal.

Nesse passo, é imperativo compreender que o *status* jurídico de suspeito constitui o primeiro estágio de negação do *status* jurídico de inocente. Ademais, o tratamento do indivíduo como suspeito subordina-o às ordens policiais e, portanto, constitui um primeiro estágio de limitação de sua liberdade. Assim, vislumbrado o *status* jurídico de suspeito como uma primeira contraposição ao *status* de inocente e à sua liberdade plena, conclui-se pela impossibilidade de manipulação arbitrária do rótulo da suspeição por policiais, o que consubstanciaria negativa de vigência à garantia constitucional da presunção de inocência.

Então, em particular no exercício do policiamento, é inviável a adoção de uma “estratégia de suspeição generalizada” embasadora de abordagens exploratórias e generalizadas em face de suspeitos: para tanto, a polícia procede à restrição de liberdades como um procedimento padrão, e não excepcional. Por essa perspectiva, parte-se de uma presunção de suspeição/culpa que deve ser desfeita após a restrição de liberdade. “Todos são suspeitos até que se prove o contrário” (QUEIRÓZ, 2014, p. 8). Porém, na contramão, sob o pálio da garantia da presunção de inocência, é esta que deve ser presumida e apenas concreta, progressiva e

fundamentadamente afastada, a partir da indicação de fatos objetivos que permitam relacionar o indivíduo à prática de conduta infracional e impor-lhe o rótulo da suspeição.

Portanto, a vedação à retenção policial arbitrária de suspeitos decorre do reconhecimento do direito de ser deixado em paz, fundado nos direitos à liberdade ambulatorial, à privacidade exterior e à diferença, e também na garantia da presunção de inocência, os quais exigem que a retenção policial seja embasada em critérios de suspeição jurídica e seja subsidiária em relação a meios menos gravosos e invasivos para a consecução dos objetivos policiais. Não se pode admitir que os cidadãos sejam retidos e inquiridos com base em suas diferenças sem a indicação de indícios mínimos da prática de uma infração penal.

Feitas tais observações, no tópico a seguir, destaca-se que a busca pessoal é uma medida sempre precedida por uma retenção embasada no rótulo da suspeição, a qual assume natureza eventualmente penal e só admite duas instrumentalidades possíveis: a probatória, nos limites do art. 244 do CPP, e a inibitória, nos limites das situações excludentes de ilicitude.

5.4.2. *Busca pessoal: restrição de direitos, função punitiva latente (natureza eventualmente penal) e instrumentalidade probatória/inibitória*

A busca pessoal, em sentido material, consiste na revista das vestes e dos pertences pessoais do indivíduo, mas pressupõe, sempre, a prévia abordagem coercitiva do indivíduo pelo policial. Portanto, a busca pessoal sempre é precedida pela *retenção* do indivíduo, vale frisar, sempre implica a restrição coercitiva à sua liberdade ambulatorial, ainda que por breves instantes, a fim de que o próprio ato de revista seja realizado. Tal abordagem, ademais, é mediada pela suspeição sobre o revistado e, assim, impacta com maior intensidade a sua privacidade exterior, dada a maior afetação à sua liberdade de autorrepresentação pessoal.

A ênfase nessa composição dúplice da medida é importante para a compreensão de quais os direitos fundamentais por ela afetados: a busca pessoal não implica apenas a restrição à *privacidade interior* decorrente do estrito ato de revista às vestes e pertences pessoais do indivíduo, mas também restrição ao direito de ser deixado em paz, em todas as suas facetas: restringe, ainda que brevemente, a *liberdade ambulatorial*, a *privacidade exterior*, a *diferença* e a *presunção de inocência*, em virtude da *retenção* inevitavelmente envolvida e embasada no critério da *suspeição*, conforme acima esclarecido.

Nesse sentido, ainda que se admita que a busca pessoal não consubstancia uma intromissão profunda na privacidade interior (de nível inferior à intromissão decorrente de uma busca domiciliar, por exemplo), a dimensão pública desse ato, praticado à vista de todos no

espaço urbano, traz a ele outras violações de direitos tão relevantes quanto a privacidade interior. Por isso, há que se ponderar que pode haver “buscas pessoais que são indiscutivelmente mais constrangedoras do que qualquer busca domiciliar imaginável” (NASSARO, 2003, p. 12).

Portanto, a busca pessoal é uma intervenção policial coercitiva que produz inequívocas restrições de direitos. Trata-se de medida que restringe a liberdade ambulatorial, ainda que por breves instantes, que invade a esfera de privacidade do indivíduo e que, ademais, causa constrangimento, intimidação e temor perante a autoridade policial. Consequentemente, só se pode admitir o “uso seletivo, pontual e filtrado dessa técnica excepcional de invasão do corpo dos cidadãos sem autorização judicial” (DUARTE *et al*, 2014, p. 88).

Em virtude de provocar tantas restrições de direitos, a busca pessoal é caracterizada por uma função punitiva latente. E, por ser uma medida “eventualmente penal”, ela “faz parte do horizonte do direito penal e, por conseguinte, sua aplicação deve submeter-se ao controle das agências jurídicas” (ZAFFARONI, 2001, p. 103). Com efeito, dada a incidência da busca pessoal sobre indivíduos selecionados pelo rótulo da suspeição, compreendidos como potenciais criminosos a serem interrompidos e averiguados pelo aparato policial, é inevitável a regulamentação de tal ato pela ótica do direito processual penal, que, tal como elucidado no capítulo 1, serve à tutela dos suspeitos, acusados e condenados de vinganças arbitrárias e excessivas por parte do sistema punitivo (FERRAJOLI, 2014; ZAFFARONI, 2001).

O caráter *eventualmente penal* da busca pessoal exige a sua estrita funcionalização aos propósitos não-penais que afastam a sua caracterização como uma penalidade exercida autônoma e ilegalmente pelas polícias. No atual ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que só há dois propósitos passíveis de atendimento pela busca pessoal: o probatório e o inibitório. No primeiro caso, a busca pessoal assume a natureza jurídica de medida processual penal de *obtenção de prova* e, no segundo caso, a busca pessoal assume a natureza jurídica de medida policial de *coerção direta imediata*. Fora de tais casos, adotada a teoria negativa da pena, deve-se reconhecer que a busca pessoal assume a natureza de (infra)penalidade ilegal.

Em primeiro lugar, quanto à busca pessoal com instrumentalidade probatória, trata-se da busca pessoal autorizada pelo art. 244 do CPP, cujo cabimento foi analisado no capítulo 3. Em síntese, cuida-se de uma medida por meio da qual se viabiliza a apreensão de arma proibida (a qual pode constituir *corpus criminis* ou mesmo *corpus instrumentorum* do delito) e de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, todos elementos dotados de relevância probatória em relação à persecução penal.

Contudo, além de delimitar a instrumentalidade probatória da busca pessoal com suporte no art. 244 do CPP (com base nas considerações já expendidas no capítulo 3), cumpre

indagar se esta medida pode ser praticada também com instrumentalidade inibitória, em relação a um dano ou perigo concreto atual ou iminente. Quanto ao ponto, é imprescindível notar que é, em tese, possível que uma busca pessoal sirva à inibição ou à interrupção de um perigo concreto ou dano: como essa medida permite a apreensão de objetos em poder do indivíduo, pode servir à neutralização de uma ação lesiva atual ou iminente com o uso de objetos lesivos (armas em sentido amplo: objetos que possam provocar lesão à incolumidade de terceiros). Nesse caso, independentemente de haver indícios de que a conduta do indivíduo abordado é criminosa e punível, o policial pode (e deve) intervir para cessar a situação de dano ou perigo.

Quanto ao ponto, a remissão ao direito estadunidense permite elucidar que a busca pessoal pode, eventualmente, assumir finalidade inibitória. No caso *Terry v. Ohio*, a própria definição de uma *frisk* evidencia que esta é dotada de instrumentalidade inibitória: define-se a *frisk* como uma revista superficial nas vestes de um indivíduo motivada pela suspeita de que este possa estar portando uma arma (potencial instrumento de ataque). Orienta-se a medida, portanto, ao propósito de inibir a utilização lesiva desse instrumento.

No caso *Sibron v. New York*, por sua vez, esclareceu-se que a *frisk* (ao contrário de uma *search* propriamente dita) não deve ostentar finalidade probatória, mas sim finalidade protetiva (inibitória). Uma *frisk* não visa ao propósito de descoberta de corpo de delito ou qualquer outro material probatório, mas sim ao estrito propósito de descoberta de armas que possam servir para a violação da integridade física do próprio policial ou de terceiros, assim inibindo a sua utilização lesiva. Com base em tais fundamentos, no caso concreto, foi declarada a ilicitude de uma revista motivada por finalidade probatória (mais especificamente, orientada à descoberta de drogas) praticada como se *frisk* fosse.³⁶⁰

Além da remissão ao direito estadunidense, a distinção entre a busca pessoal probatória e a inibitória pode ser reforçada pela análise do art. 5º, XI, da CF/88, que autoriza a entrada forçada em domicílio em quatro situações: flagrante delito, prestação de socorro, desastre e quando houver autorização judicial. Nas três primeiras, a intervenção possui instrumentalidade inibitória: visa a interromper situação de dano ou perigo e, por isso, deve ser imediata. Na última, possui instrumentalidade processual e pode constituir ato de busca, relacionado a persecução penal ou a demanda civil, o que afasta a existência de dano/perigo a ser inibido e atrai a exigência de autorização judicial prévia e a vedação de execução no período noturno³⁶¹.

³⁶⁰ *Sibron v. New York*, 392 U.S. 65 (1968) (tradução livre)

³⁶¹ Portanto, nas três primeiras situações, a entrada forçada em domicílio visa precipuamente a impedir a concretização de um perigo ou dano iminente a algum bem juridicamente tutelado. Com efeito, tanto na hipótese de flagrante delito, desastre ou prestação de socorro, a configuração de uma situação de perigo concreto ou dano

Nesse passo, em caráter análogo, a busca pessoal pode servir à obtenção de elemento probatório e também à inibição de uma situação de dano ou de perigo de dano (probabilidade de dano)³⁶², quando visar à apreensão de objeto lesivo que possa ser usado pelo indivíduo para provocar dano a terceiros. Porém, cumpre reconhecer que não há permissivo legal que delimite e vincule o exercício da busca pessoal como medida inibitória. Não há, contudo, necessidade de tal regulamentação, pois a validade do ato decorre das causas gerais excludentes de ilicitude de *estado de necessidade* e *legítima defesa*, descritas, respectivamente, nos arts. 24 e 25 do CP:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Não obstante, é crucial notar que, a despeito do caráter geral dos arts. 24 e 25 do CP, é bastante restrita a possibilidade de busca pessoal inibitória, por sua própria conformação material. Como a busca pessoal é um ato que objetiva e permite a descoberta/apreensão de objetos em posse do indivíduo, a busca pessoal inibitória (voltada à interrupção/coibição de lesão ou perigo de lesão) é cabível nos casos em que há a suspeita de posse de objeto lesivo (arma) pelo indivíduo, com o qual se possa gerar dano ou perigo.

permite e exige a atuação imediata do agente público. Observe-se que, em especial no caso do flagrante delito, além de evitar o dano ou o perigo que comumente exsurtem da prática de conduta criminosa, inicia-se, também, subsequentemente, a investigação e demais atos de persecução penal, notadamente mediante a prisão do infrator, a apreensão de objetos relacionados ao fato e demais atos elencados no art. 6º do CPP. No entanto, o fundamento para a dispensa de autorização judicial prévia não decorre de tal instrumentalidade processual eventual, mas sim da urgência que normalmente decorre da prática *atual* do delito (em flagrante). (Contudo, conforme explanado no capítulo 3, a presunção de urgência na hipótese de flagrante delito não é absoluta). Nesse sentido, Nassaro destaca que a busca domiciliar, cuja finalidade é eminentemente processual, não se confunde com a entrada forçada em domicílio motivada por situação dano ou perigo concreto atual ou iminente, a legitimar a atuação policial imediata: “[A] *busca domiciliar* possui em regra caráter processual, posto que o seu objetivo precípua é atender ao interesse da Justiça Criminal, sem se desconsiderar o efeito preventivo dela igualmente advindo, devendo o procedimento contar com autorização judicial por *fundadas razões*, nos termos do parágrafo 1º do art. 240 do CPP, mesmo como medida cautelar de preservação da prova. Diferentemente da busca pessoal, a busca domiciliar sempre dependerá de ordem judicial, ressaltava a hipótese de autorização do morador ou de a própria autoridade judicial realizá-la pessoalmente, situações que não se ajustam ao caráter estrito da prevenção. Observo, a propósito, não há que se confundir a natureza do procedimento de busca domiciliar estabelecido no Código de Processo Penal com a entrada em domicílio alheio permitida em razão de flagrante delito, situação excepcional prevista no inciso XI, do art. 5º, da Constituição Federal, frente à garantia da inviolabilidade domiciliar” (NASSARO, 2005, p. 23/24).

³⁶² Aqui, conceitua-se “perigo” como a “probabilidade de dano”, vale dizer, como uma “situação de fato, objetiva” da qual desponte potencialidade concreta de dano, e não como mera “probabilidade de perigo”, a qual corresponde à noção de “risco”, que é o “atributo da conduta humana que pode ou não causar um perigo”. Esta última noção, contudo, embora seja mais precisamente conceituada como “risco”, é mencionada, na dogmática penal, como “perigo abstrato”, reservando-se a expressão “perigo concreto” para a primeira realidade (BOTTINI, 2013, p. 89).

Ainda, vale esclarecer que a instrumentalidade inibitória da busca pode estar presente mesmo se o porte da arma não for proibido, como requer o art. 244 do CPP. Assim, nos casos em que o policial estiver diante de agente que aparentemente porte a arma *licitamente*, mas que deva ser desarmado com o objetivo de inibir potencial conduta lesiva em determinado contexto, a busca pessoal não possuirá finalidade probatória, mas, ainda assim, possuirá finalidade inibitória. Portanto, nesses casos, a busca pessoal não será validada pelo art. 244 do CPP, o qual exige a fundada suspeita de porte de arma *proibida*, mas sim pela necessidade de neutralização do dano/perigo iminente decorrente do porte da arma, que exclui a ilicitude da intervenção. Assim, a busca pessoal probatória se limita à procura de armas *proibidas* em posse do indivíduo, ao passo que a busca pessoal inibitória pode ser realizada mesmo quando o porte da arma for lícito, mas houver perigo atual ou iminente de sua utilização contra terceiros.

Por outro lado, nos casos em que houver, concomitantemente, a suspeita de porte de arma proibida e de sua potencial utilização contra terceiros, a busca pessoal assume caráter concomitantemente probatório e inibitório. Por exemplo, ante a suspeita de que um indivíduo acabou de praticar um roubo com emprego de arma de fogo, a busca e apreensão da arma em poder do abordado, após a prática do delito, servirá não só à sua investigação, mas também à proteção do policial e de eventuais terceiros: terá instrumentalidade probatória e inibitória.

Em síntese, pois, conclui-se que a busca pessoal é autorizada pelo art. 244 do CPP como medida probatória. Contudo, pode atender, também, a instrumentalidade inibitória, quando, em situações excepcionais, servir à neutralização de dano ou perigo atual ou iminente, ante a suspeita de que o indivíduo a ser revistado porta arma (proibida ou não) e pode utilizá-la para agredir o policial ou terceiros. Neste caso, a busca pessoal tem instrumentalidade inibitória e tem sua ilicitude excluída em função do estado de necessidade (CP, art. 24) ou da legítima defesa (CP, art. 25), a depender do caso. Cuida-se de prática análoga à *frisk* no direito estadunidense, tal como definida no caso *Terry v. Ohio* (1968).

Feitos tais esclarecimentos, é imprescindível destacar que a *extensão* da busca pessoal deve ser delimitada pela sua estrita instrumentalidade probatória e/ou inibitória³⁶³. Por exemplo, em uma hipótese de instrumentalidade probatória, se a busca pessoal é motivada pela fundada suspeita do porte de um aparelho celular que tenha sido furtado (*res furtiva*: corpo de delito do crime de furto), então a extensão da busca deverá se restringir à procura por tal aparelho celular.

³⁶³ Ainda quanto à extensão da medida, não é demais lembrar que, conforme exposto no capítulo 3, a busca pessoal *não* abrange intervenções no interior do corpo *nem* o acesso a dados constantes de aparelhos eletrônicos, tais como celulares e computadores portáteis. Sobre intervenções corporais, cf. NICOLITT; WEHRS, 2015 e, sobre acesso a dados, cf. SILVA, C., 2016 e RHC 51.531/RO (STJ, Sexta Turma, DJe 09/05/16).

Não se justificaria, a pretexto de procurar tal celular, inspecionar os objetos armazenados na carteira do indivíduo revistado, na qual jamais poderia estar ocultada a *res furtiva* cujo porte motivou a revista. Igualmente, em um caso de finalidade inibitória, se a busca pessoal visa ao desarme do indivíduo, então deverá se restringir à procura por armas. Não se justificaria, a pretexto de procurar arma, inspecionar minuciosamente os bolsos das vestes do indivíduo, nos quais não poderia estar ocultada arma. A extensão da busca deve se restringir aos atos necessários para verificar/refutar a fundada suspeita que a embasou.

De mais a mais, é essencial é que, em todos os casos, sejam apresentados pelo policial os fundamentos pelos quais praticou a busca pessoal, a fim de que se possa identificar se de fato possuía fundada suspeita de porte de arma/corpo de delito para a busca probatória, ou se de fato possuía fundada suspeita (indícios objetivos e concretos) de que havia uma situação de perigo ou dano atual ou iminente a configurar excludente de ilicitude para a busca inibitória. Tais fundamentos são vinculantes quanto à extensão da medida de busca e são eles que permitem a análise da subsunção dos fatos ao permissivo legal correspondente, assim viabilizando concentração e a controlabilidade jurídica da medida.

5.4.3. A busca pessoal inibitória: coerção direta e diferenciação em relação à prevenção geral

A busca pessoal com instrumentalidade inibitória caracteriza-se como um ato de *coerção direta imediata*. A esse respeito, Zaffaroni (2001, p. 102) ressalta que a coerção direta é aquela intervenção na pessoa ou em seus bens “empregada ante um iminente perigo de lesão, ou porque urge interromper uma que se acha em curso” e pode ser imediata (instantânea) ou de execução diferida ou prolongada. Assim, esclarece que “a coerção direta instantânea ou imediata não é outra coisa senão o estado de necessidade ou a legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público” (2001, p. 104).

Delineada a definição, Zaffaroni (2001, p. 102) ressalta que a coerção direta “adquire caráter punitivo quando excede o necessário para neutralizar um perigo iminente ou interromper um processo lesivo em curso” e, por isso, constitui “aquela de mais complexa delimitação em relação à pena”. Deve-se rechaçar, então, a coerção direta como medida de preservação de uma ordem metajurídica ou como reação a mera suspeita de perigo ou perigo de perigo, o que serviria à sua desconcentração e ao seu descontrole, abrindo espaço para que assumia feição punitiva:

A coerção direta, como ingerência – na pessoa ou nos bens de um habitante – para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso, é um exercício de poder que tem uma explicação racional e que, portanto, se acha legitimado dentro desses limites. A coerção direta é frequentemente confundida com o exercício do poder punitivo; a legitimidade da primeira, dentro de seus próprios limites, costuma ser transposta, através de exemplos dos quais tal legitimidade ressalta inquestionavelmente (como o impedimento por intervenção policial de um estupro) para legitimar o segundo. Entretanto, a única possibilidade de confundir a coerção direta com o poder punitivo é falseando os pressupostos da primeira para usá-la como pretexto. Seja recorrendo ao exemplo do reboque compulsório de um carro estacionado em lugar proibido (que não passa de coerção direta para facilitar o trânsito), seja mencionando os dolorosos casos de resgate de reféns em poder de sequestradores (nos quais a coerção direta implica o emprego de força para interromper a continuidade da ofensa), essa confusão é explorada como argumento legitimante do poder punitivo. [...]. A partir [...] do momento em que cesse o perigo, a coerção passa a ser punitiva, a menos que ela seja mantida para impedir o retorno imediato da situação perigosa (ZAFFARONI, 2001, p. 104).

No ponto, é relevante a diferenciação entre o perigo abstrato (presumido)³⁶⁴ e o perigo concreto: apenas este, o perigo concreto, é que viabiliza o emprego da coerção direta e, em especial, da coerção direta *imediate* nos casos em que tal perigo for *atual ou iminente*. Noutra giro, a expansão desmesurada de situações de perigo presumido como permissivas da coerção direta (*in facto*) esmorece sua diferenciação em relação à punição (*ex post facto*) e a torna objeto de difícil regulamentação e controle, pela criação de um estado de emergência permanente:

O ilusionismo do estado de polícia se vale da emergência penal, elevando qualquer risco culturalmente crível à categoria de mal cósmico, a fim de transformar ideologicamente todo exercício do poder punitivo *ex post facto* em poder de coerção direta *in facto*. (ZAFFARONI, 2001, p. 107).

Nesse passo, constata-se que “a coerção direta requer um estrito controle jurisdicional para evitar que se converta num agente teórico do estado de polícia” (ZAFFARONI, 2001, p. 103), pois deve se vincular estritamente à necessidade de reação diante de perigo concreto:

a racionalidade da coerção direta deva ser sempre controlada por uma agência jurídica, e só a imediata ou instantânea poderá estar nas mãos das agências executivas (sem prejuízo do posterior controle de seu uso), mas em tais casos deverá reunir os requisitos da legítima defesa ou do estado de necessidade, que são disposições permissivas particulares que, na coerção direta, tornam-se imperativas para os funcionários (ZAFFARONI, 2001, p. 107).

³⁶⁴ Sobre crimes de perigo abstrato, cf. BOTTINI, 2013. Conceitos já mencionados na nota de rodapé n. 362. Cabe notar que o perigo abstrato decorre de “um perigo potencial para o bem jurídico protegido, que não precisa ser concretizado na ameaça ou lesão de um objeto específico” (BOTTINI, 2013, p. 168-169). Já na coerção direta, visa-se a impedir a *concretização de dano a objetos específicos*, razão pela qual não exigem perigo meramente abstrato: vinculam-se a situação de fato objetiva da qual desponte a probabilidade de dano (perigo concreto).

Portanto, é necessário discernir que a finalidade de inibição (neutralização) de danos ou perigos concretos, embora possa ser referida como uma finalidade *preventiva*, não se confunde com uma finalidade de prevenção geral. Com efeito, como visto, é comum entre as polícias a defesa da prática da busca pessoal com uma finalidade eminentemente *preventiva*, em especial no curso do policiamento ostensivo (por todos, cf. NASSARO, 2003). Nesses casos, o objetivo seria o de evitar a prática de delitos ainda não praticados, o que poderia levar à cogitação de que a busca poderia ter, em tais hipóteses, natureza *inibitória*.

Contudo, a prática de buscas pessoais generalizadas com a finalidade de prevenção geral negativa (v.g. intimidação de “potenciais criminosos”) ou de prevenção geral positiva (v.g. visibilização e afirmação da autoridade policial em “zonas de alta criminalidade”) não se vincula a uma situação de dano ou perigo concreto atual ou iminente – e, assim, não encontra suporte nas estritas hipóteses excludentes de ilicitude listadas nos arts. 24 e 25 do CP. Cumpre notar, portanto, que o propósito de intimidar e constranger, sem vinculação à neutralização de um dano ou perigo concreto, revela a função punitiva latente da busca pessoal.

Zaffaroni (2001, p. 106-107) esclarece que a coerção direta não se confunde com a prevenção geral negativa, esta articulada como função positiva da pena: “a prevenção geral negativa pretende funcionar *ex post facto* e referir-se a uma atividade futura que não se empreendeu nem tampouco se sabe se será empreendida; a coerção direta funciona *in facto* e se refere a uma atividade em vias de realização”. A prevenção geral positiva, por sua vez, se relaciona à tutela da higidez da própria autoridade policial e da ordem jurídica, se desvinculando completamente da tutela de bens jurídicos em situação de dano ou perigo.

Cabe registrar então que a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva funcionam, inclusive, como fundamentos justificacionistas da própria sanção penal, a qual se legitimaria de acordo com tais doutrinas para desestimular condutas criminosas a partir da imposição da pena em caráter exemplar (prevenção geral negativa) ou para afirmar a vigência da ordem jurídica e da autoridade estatal (prevenção geral positiva) (cf. FERRAJOLI, 2014).

Nesse passo, quando se pratica busca pessoal com a finalidade de desestimular práticas criminosas de modo geral ou com o objetivo de afirmar a autoridade policial em determinado espaço, com a expectativa de assim prevenir crimes futuros, sem vinculação a indícios concretos de prática criminosa *in facto*, não se trata de ato de coerção direta. Ao revés, a busca pessoal é lastreada nas mesmas justificativas da pena, o que reforça sua função punitiva latente.

Portanto, em síntese, a exclusão do caráter punitivo da busca pessoal demanda que ela seja estritamente vinculada a finalidade probatória (nos termos do art. 244 do CPP) e/ou a finalidade *inibitória*. Neste último caso, a fim de validar a busca como ato de *coerção direta*

imediata, o policial deve ser capaz de indicar os fatos e circunstâncias que o levaram a crer que estava diante de agressão atual ou iminente a si ou a outrem (CP, art. 25), ou de situação de perigo atual a direito seu ou alheio (CP, art. 24). Não bastam ilações ou presunções de perigo abstrato. Não configurada nenhuma de tais hipóteses, a busca pessoal revelará sua função punitiva latente, alinhada a um sistema disciplinar de controle de desviantes via infrapenalidades extralegais e, pois, incompatível com um sistema de legalidade estrita.

5.5. O controle de validade da busca pessoal

Nos tópicos e capítulos precedentes, elucidou-se que a busca pessoal é praticada pelas polícias brasileiras como um expediente de rotina do policiamento ostensivo e se insere no nível do “pior desempenho possível” da atuação policial. Esse cenário é propiciado pela abordagem dogmática superficial, bem como pelo deficiente controle judicial da medida. Detectou-se, com efeito, a leitura dogmática incompleta do permissivo legal, que viabiliza a desfuncionalização da medida, e a invertida validação judicial da busca pessoal por seus resultados e não por seus fundamentos, que oblitera sua desfuncionalização e seus critérios discriminatórios.

Nesse contexto, a incômoda questão já vislumbrada por Foucault (2014, p. 200-201) parece sobressair: quem vigia os vigias? A virtual inexistência de mecanismos de controle da prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras revela que a tão aclamada visibilidade dos indivíduos perante o olhar policial contrasta com a invisibilidade do poder policial perante os órgãos incumbidos de sua fiscalização e controle. Estabelece-se, com isso, um desequilíbrio por meio do qual o sistema disciplinar se sobrepõe ao sistema jurídico.

Por isso, uma vez delimitadas as condições de validade da busca pessoal em suas duas modalidades possíveis (inibitória e processual), é imprescindível construir e intensificar mecanismos de fiscalização, monitoramento e controle da observância de tais condições de validade, esforço que norteia os tópicos seguintes.

5.5.1. *Registro formal: verificabilidade/refutabilidade da legalidade da busca*

No que toca ao controle de validade da busca pessoal, é imperativo reconhecer, em primeiro lugar, que as buscas pessoais são reconhecidamente subnotificadas pelas polícias. A análise dos dados existentes, por sua vez, é utilizada pelas próprias polícias com o objetivo de aferir a eficiência (e não a validade) das revistas praticadas. As revistas são, então, medidas

deficitariamente formalizadas e executadas generalizadamente como atos de rotina que não se submetem a nenhuma análise estrita de validade.

Em contraposição a tal cenário, é indispensável o registro formalizado de todas as revistas, bem como transparência e publicidade dos dados quanto à quantidade, local e resultado das revistas realizadas. Noutros termos, é importante consolidar dados e informações sobre as buscas tanto em caráter particular (a fim de conferir ao indivíduo abordado, em cada caso concreto, a possibilidade de questionar e refutar a validade da revista em face de si executada), quanto em caráter geral (a fim de propiciar o mapeamento e a análise estatística da incidência das buscas em larga escala).

Conforme apontam a Human Rights Watch e a Open Society Justice Initiative, o fornecimento de registro escrito sobre a motivação da revista ao indivíduo revistado e a coleta de dados sobre o uso do poder policial de abordar e revistar são imprescindíveis para a superação da zona cinzenta em que as polícias atuam, na qual há dados insuficientes para definir se os procedimentos respeitaram os direitos fundamentais³⁶⁵. Deveras, sem nenhum tipo de registro, o fundamento erigido para a busca se torna dificilmente verificável e, por conseguinte, dificilmente refutável, não só pelo próprio indivíduo abordado, mas também pelas instâncias de controle. Tais observações se aplicam tanto ao âmbito do controle interno (supervisão hierárquica e corregedoria), quanto ao âmbito do controle externo (ouvidorias, MP e Judiciário).

A esse respeito, é oportuno pontuar que, como visto no capítulo 3, o registro da busca passa a ser um requisito formal da busca pessoal sem mandado prévio nos termos do parágrafo único do art. 239 do Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/10)³⁶⁶. De acordo com o projeto, o registro deve incluir os motivos/fins da diligência e os dados do revistado.

³⁶⁵ Sobre o tema, confira-se: <http://www.hrw.org/news/2013/06/06/france-government-promises-un-end-ethnic-profiling> Acesso em 23/10/2014.

³⁶⁶ Essa mesma medida foi proposta na campanha presidencial de 2012 na França, pelo candidato François Hollande, como mecanismo contra checagens discriminatórias identidade no espaço público, por meio da instituição de um procedimento respeitoso com os cidadãos. Em setembro de 2012, o novo primeiro-ministro, Jean-Marc Ayrault, comprometeu-se a introduzir “procedimentos de abordagem”, os quais incluiriam a coleta de dados sobre o modo como os policiais utilizam sua autoridade para efetuar abordagens e também o fornecimento de um registro escrito do ato a qualquer pessoa abordada pela polícia. Tais medidas, todavia, não foram implementadas. Apenas houve a instituição de uma espécie de código de ética policial, que não teve a eficácia desejada. Nesse contexto, durante a Revisão Periódica Universal (RPU) da Organização das Nações Unidas (ONU)³⁶⁶, algumas recomendações foram feitas ao país com o fito de assegurar o respeito aos direitos humanos nas abordagens policiais. Entre elas, figuram a aprovação de lei que proíba explicitamente o uso de um embasamento étnico (*ethnic profiling*) nas abordagens, bem como uma reforma do Código de Processo Penal francês voltada a exigir a suspeita razoável (*reasonable suspicion*) – razões objetivas e individuais – para a realização de abordagens policiais. Além disso, os procedimentos de abordagem devem incluir a informação, a toda pessoa abordada, da base legal para essa ação e dos motivos pelos quais ela foi encetada. A RPU é um processo promovido pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio do qual se afere a concretização dos direitos humanos em cada Estado-membro.

Por outro lado, é importante lembrar que, como visto no capítulo 4, no caso *Floyd v. City of New York*, entre as medidas (*remedies*) determinadas ao NYPD para conformar as *stops and frisks* aos parâmetros constitucionais, determinou-se a revisão do formulário de registro das *stops and frisks* (UF-250). Ao proferir a decisão quanto a esse ponto, a juíza Scheindlin ressaltou que o NYPD já formalizava as *stops and frisks* por meio do preenchimento do formulário UF-250, porém este não era suficientemente detalhado quanto aos motivos da *stop* e da *frisk* e servia precipuamente ao monitoramento da eficiência das abordagens, mas não de sua validade. Nesse passo, essa decisão estadunidense evidencia que não basta formalizar um registro da busca com informações relevantes apenas pela perspectiva da eficiência. É imprescindível que a formalização do registro tenha por objetivo também propiciar o controle da validade da intervenção policial, considerados os requisitos exigidos na ordem jurídica.

Assim, quanto ao conteúdo do registro das buscas pessoais (já preconizado pelo parágrafo único do art. 230 do PL n. 8.045/10), é importante que contenha descrição fundamentada e concreta quanto aos fatos e circunstâncias que ensejaram a execução da medida. De nada adianta o registro de justificativas genéricas e abstratas, tais como “visualização de atitude suspeita”. A fim de viabilizar o controle posterior, é necessário registrar de modo individualizado qual fato/circunstância ensejou a busca, a fim de permitir a um terceiro imparcial avaliar posteriormente se tal fato era suficiente para configurar a fundada suspeita de porte de arma proibida ou de corpo de delito. Só assim o registro viabiliza a verificabilidade e refutabilidade do preenchimento das condições de validade exigidas pela lei.

5.5.2. Coleta, compilação e divulgação de dados: transparência da atividade policial

Paralelamente ao registro individualizado da busca, a compilação e divulgação dos dados coletados por meio dos registros é imprescindível para viabilizar um mínimo de transparência dessa atividade policial, a fim de permitir, por exemplo, aferir o grau de eficiência das buscas e, também, aferir eventual tendência discriminatória em seu direcionamento.

Conforme destaca Cano (2005), a transparência da atividade policial é elemento imprescindível para que a própria sociedade efetue o controle informal da atuação das polícias. Figura, portanto, como um elemento central da atuação das polícias em um regime democrático. Quanto ao ponto, é interessante observar que a decisão do caso *Floyd*, tão logo foi proferida, provocou acaloradas discussões no meio jurídico, no meio policial e entre os cidadãos nova-iorquinos em geral, revelando uma conjuntura em que as práticas policiais são efetivamente

submetidas ao escrutínio democrático. A decisão foi publicada durante o período eleitoral e se tornou objeto de debate entre os candidatos a prefeito da cidade de New York, os quais apresentavam propostas diversas quanto aos métodos de policiamento urbano. Três anos depois, em 2016, tornou-se novamente objeto dos debates presidenciais entre Trump e Clinton.

Por outro lado, cabe reconhecer que nem todas as informações e dados coletados pelas polícias podem ser publicizados indiscriminadamente, pois poderiam frustrar a eficácia de determinadas intervenções policiais³⁶⁷. Não obstante, é importante não sucumbir ao autoritário império do “tático-profissional”, decorrente do entendimento de que as ações das polícias não poderiam ser submetidas a escrutínio externo por serem questões exclusivamente técnicas. A falta de transparência das ações das polícias leva à falta de confiança pública e, assim, à insegurança social (MUNIZ, 2012). Nesse passo, no que toca às buscas pessoais, a divulgação de dados deve ser a regra, assim permitindo a verificação de sua validade e eficiência, ao passo que a não divulgação deve ser pontual e justificada pelo risco concreto ao seu resultado útil.

Quanto ao ponto, novamente tendo em mira o caso Floyd, cabe salientar que a fundamentação da sentença proferida é em larga escala apoiada em dados e estatísticas sobre as *stops and frisks* realizadas pelo NYPD ao largo de quase nove anos. Foram, portanto, os dados oficiais do próprio aparato policial que permitiram (1) a identificação de um número muito elevado de *stops and frisks*, (2) de um número modesto de crimes descobertos por essa medida, e (3) de um direcionamento desproporcional da medida aos negros e latinos. Tais constatações foram nevrálgicas para o reconhecimento da violação à Constituição. A transparência de dados é, pois, importante pressuposto para o controle das práticas policiais, já que permite identificar exceções e desproporções.

O caso Floyd mostra então, em especial, que, pela perspectiva da eficiência da atuação policial, é relevante o registro dos resultados das revistas. Os dados coletados também permitiriam identificar quais crimes são mais comumente descobertos a partir das revistas, e, a partir do cruzamento de dados, identificar em que locais e a partir de quais fundamentos tais crimes foram descobertos. Ademais, tal providência é importante até mesmo a fim de identificar se eventuais mudanças táticas ou procedimentais (tais como a própria exigência de registro) produzem ou não impacto nos índices de eficiência da medida, atualmente em patamar

³⁶⁷ Após reconhecer o caráter necessariamente seletivo da intervenção policial, Muniz (2012) analisa três modelos de aplicação seletiva da lei. O primeiro é marcado pela negação da seletividade e consiste na adoção de um discurso que defende a imposição uniforme da lei a todas as situações por ela abarcadas. O segundo é marcado pela publicização das regras seguidas pelas polícias na definição de seu objeto de ação. O terceiro resulta da fusão dos dois modelos: é marcado pela publicização de algumas regras e pela ocultação de outras, já que a publicidade de determinadas regras frustraria a eficácia da atuação policial.

baixíssimo. Por outro lado, constata-se ser importante também o registro de dados dos revistados, tais como idade, gênero e raça, e de dados dos horários e locais das revistas. Tais dados são importantes para o monitoramento da incidência da medida, inclusive para permitir a detecção de eventual tendência discriminatória na seleção de revistados.

Portanto, não só o registro formal de revistas individuais, mas também a compilação e divulgação de dados e estatísticas policiais em escala geral permitem identificar violações aos direitos fundamentais e consequentemente declarar a invalidade de práticas policiais. No Brasil, em contrapartida, é predominante a precariedade de dados e estatísticas sobre tais práticas policiais, que, aliás, nem sequer são objeto de registro formal obrigatório, dificultando o reconhecimento de ilegalidades e discriminações sistemáticas.

5.5.3. Outras alterações nos procedimentos policiais: formação, supervisão hierárquica, filmagem

Em acréscimo ao registro escrito e à coleta de dados, há ainda outras medidas adicionais que podem ser adotadas pelas polícias com o objetivo de conformar a prática das buscas pessoais às suas condições de validade. Uma delas é a inclusão do estudo sobre os requisitos de validade da busca pessoal inibitória/processual na formação curricular dos policiais, com ênfase para a análise da subsunção de fatos concretos ao permissivo legal e para a concretização da suspeita, em uma aproximação entre teoria e prática.

Com efeito, é já difundido o diagnóstico de que a formação dos policiais militares é marcada por um binarismo radical entre a formação teórica e a atuação prática, ao passo que, durante a formação, pouco ou nenhum debate há a respeito da categoria da suspeita. Trata-se de um conceito-chave para o desempenho do policiamento, mas em torno do qual são tecidas vagas e sucintas considerações, que situam sua instrumentalização prática no plano da mera experiência (RAMOS, MUSUMECI, 2005; DUARTE *et al.*, 2014; RIBEIRO, 2009).

Por isso, é especialmente importante que o debate sobre as condições de validade da busca pessoal seja trazido para os cursos de formação mediante a interlocução entre as premissas jurídico-teóricas e a multiplicidade de casos concretos com as quais o policial se depara em seu cotidiano. Exemplos concretos devem ser debatidos internamente nas corporações, a fim de paulatinamente conferir maior concretude ao uso legal e ilegal da noção de suspeição. Assim, como pontuou a juíza Scheindlin no caso Floyd, a percepção de “movimentos furtivos” (ou a menção a quaisquer elementos igualmente vagos e genéricos) não basta para ensejar uma revista: deve-se descrever a natureza dos “movimentos furtivos” a fim

de ser possível aferir se efetivamente indicam razoavelmente a prática de crime. A presença em “área de alta criminalidade” ou descrição genérica compatível com a de um suspeito procurado (tal como apenas gênero e raça) tampouco bastam.

Nesse sentido, em caráter conexo, uma outra medida que pode ser adotada pelas polícias é a avaliação da validade (e não apenas da eficiência) das buscas realizadas como um fator relevante para a aferição da disciplina e da performance do policial, no âmbito da supervisão hierárquica (controle interno). Quanto a este ponto, contudo, é especialmente importante reconhecer, em primeiro lugar, a ineficiência do atual modelo. A realização generalizada de buscas em caráter exploratório não tem produzido impacto relevante para o controle da criminalidade, ao mesmo tempo em que seu caráter arbitrário e discriminatório gera potenciais efeitos colaterais negativos. Daí a importância do controle interno de validade das buscas pessoais, pela perspectiva das próprias corporações, cuja imagem é deteriorada perante a população diante da proliferação de buscas pessoais mal fundamentadas e mal explicadas, percebidas como um arroubo de autoritarismo. Assim, a supervisão hierárquica da validade das buscas realizadas e o monitoramento das reclamações e denúncias feitas pelos cidadãos mostram-se essenciais para o aperfeiçoamento da atuação policial.

Outra medida que pode ser adotada pelas corporações policiais – e que já tem sido adotada por algumas delas no país³⁶⁸ – é a filmagem das abordagens policiais. Tal medida, conquanto tenha limitações e ainda exija aprimoramentos³⁶⁹, permite reduzir a dificuldade do controle posterior da validade das buscas pessoais por terceiros, os quais têm diante de si apenas as palavras do policial e do cidadão revistado, eventualmente colidentes entre si. Embora não se trate de panaceia para o problema – mormente pela prevalência de argumentos efficientistas para a introdução de novas tecnologias no processo penal (cf. GARCIA, 2015) –, os órgãos de controle, por meio das filmagens, terão mais elementos objetivos a partir dos quais poderão definir se havia fundamento para o ato, seja por haver indícios da posse de arma proibida/corpo de delito, seja por haver indícios de dano ou perigo iminente ao policial ou a terceiros.

³⁶⁸ Exemplificativamente, no RJ, foi publicada a Lei n. 5588/09, que determina a instalação de câmeras nas viaturas policiais. Iniciativa similar foi adotada pela PMESP. Contudo, esta iniciativa é especialmente marcada pelo propósito de tornar as abordagens mais eficientes, e não de aperfeiçoar seu controle de validade, o que remete ao alerta de Garcia (2015) quanto à defesa meramente efficientista do uso da tecnologia no processo penal. Disponível em <http://www.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/ccomsoc/do-pag2-tecnologia.pdf> Acesso em 25/12/16.

³⁶⁹ Seth W. Stoughton (University of South Carolina) fez um experimento de simulação de abordagens a um suspeito mediante filmagens pela perspectiva do policial (feitas pelas *bodyworn cameras*) e de um terceiro. Constatou que as filmagens das *bodyworn cameras* são confusas e dão a impressão de uma situação mais tensa e ameaçadora do que as filmagens de perspectiva externa. Experimento compilado em reportagem disponível em: http://www.nytimes.com/interactive/2016/04/01/us/police-bodycam-video.html?_r=1 Acesso em 11/12/16

5.5.4. Controle externo da atividade policial: Ouvidorias e Ministério Público

As providências acima mencionadas, relativas ao registro, à coleta de dados, à formação, à filmagem das abordagens e ao controle interno, requerem alterações, sobretudo, nos procedimentos das próprias corporações policiais. Algumas de tais providências, por sua vez, são importantes para viabilizar também o monitoramento, a fiscalização e o controle da atuação das polícias por instâncias externas, as quais assumem papel de destaque para coibir desvios e excessos e conformá-la aos parâmetros de validade estatuídos na ordem jurídica.

Nesse passo, também a atuação de tais instâncias de controle externo deve ser aperfeiçoada e intensificada. Com efeito, conforme reconhece Fyfe (1998), as corporações policiais tendem a admitir a prática de buscas generalizadas, dotadas de validade duvidosa, tendo em vista que ao menos resultam na percepção de que a polícia “está fazendo o seu trabalho”, a despeito dos efeitos colaterais gerados. Por isso, é imprescindível fortalecer as constringências externas em vez de atribuir apenas às próprias polícias o dever de submeter as buscas pessoais às limitações legais.

Na seara do controle externo, dada a detecção do “pior desempenho possível” da polícia no que toca à busca pessoal, é importante privilegiar o monitoramento sistêmico e não apostar isoladamente na punição individual de desvios flagrantes. Deveras, o abuso de poder na prática das buscas pessoais não se revela um problema pontual e isolado, mas sim o resultado da não aplicação generalizada do permissivo legal, a qual enseja a também generalizada desfuncionalização da busca pessoal.

Portanto, em relação à atuação das ouvidorias e do próprio Ministério Público, é nevrálgico o fortalecimento dos mecanismos de monitoramento proativo das práticas policiais, em detrimento na aposta unilateral no controle meramente reativo, seja relacionado às denúncias de cidadãos, seja relacionado às medidas policiais formalmente documentadas no bojo dos inquéritos policiais. Nessa trilha, a detecção da desfuncionalização da busca pessoal em caráter generalizado deve resultar não apenas na imposição de penalidades aos agentes em caráter individual, mas sim, sobretudo, na exigência de mudanças em escala institucional, a serem cobradas da própria corporação policial e acompanhadas pelas instâncias de controle.

5.5.5. Controle externo judicial da atividade policial: impacto e relevância

Em relação à atuação do Poder Judiciário, o controle de validade da atuação policial sempre será, em alguma medida, reativo, uma vez que a atuação jurisdicional não se dá de ofício

e necessita da prévia provocação por um terceiro, nem que seja pela prévia instauração do inquérito policial em que a realização de busca pessoal estará registrada. Não obstante, mesmo em caráter reativo, na seara do controle judicial, verifica-se um potencial amplamente desperdiçado de controle da validade da busca pessoal no país.

Deveras, como visto, a busca pessoal funciona como um importante filtro de criminalização secundária, haja vista que não raro constitui ato inaugural da persecução penal, com especial destaque para a repressão do crime de tráfico de drogas. Conseqüentemente, a validação dos processos penais iniciados pela busca pessoal depende da validação dessa medida, dada a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (CF/88, art. 5º, LIV)³⁷⁰.

Contudo, verifica-se no atual cenário uma validação judicial virtualmente automática das buscas pessoais registradas nos processos penais, tal como se a sua mera eficácia (apreensão de elemento probatório em poder do revistado) servisse para validá-la. Como visto no capítulo 2, a pesquisa de jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema não revelou nenhum caso sequer em que tenha sido reconhecida a invalidade da busca pessoal de que tenha resultado a apreensão de elemento incriminador em desfavor do revistado.

Em tal cenário, não há desestímulo (*deterrence*) das agências judiciais à prática de revistas arbitrárias e desarrazoadas, já que as buscas a partir das quais não são apreendidas provas são dificilmente impugnáveis ante a falta de qualquer registro da medida, ao passo que as buscas a partir das quais são apreendidas provas são automaticamente validadas por tal apreensão, invertidamente compreendida como condição suficiente de validade da busca. Em tal conjuntura, a preocupação unívoca do policial é com a eficiência, e não com a validade das buscas que efetua. Por conseguinte, proliferam buscas exploratórias em face de uma massa de inocentes, pois, de um lado, as buscas sem resultados incriminadores não são registradas e, de outro, mesmo nos (raros) casos em que há apreensão de prova em desfavor do abordado, a busca é validada por seu resultado independentemente de seu fundamento.

Portanto, em contraste com a fragilidade do controle judicial da busca pessoal no direito pátrio, cumpre observar que, no direito estadunidense, o controle de validade da *stop and frisk* ocupa a pauta de julgamento da Suprema Corte desde 1968, a qual reconhece que o poder policial de abordar e revistar não pode ser deixado ao crivo das próprias polícias, mas sim deve ser realizado de modo fundamentado e pontual, com base em justificativas concretas e objetivas passíveis de verificação/refutação por um magistrado independente e imparcial.

³⁷⁰ CF/88, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nessa trilha, em paralelo às alterações procedimentais exigíveis das próprias polícias, há que se pontuar que o Poder Judiciário tem o poder-dever de invalidar buscas pessoais ilegais documentadas no processo penal – observação extensível, *mutatis mutandis*, ao Ministério Público, compreendido como “Fiscal da Lei”. No processo penal, não há como oferecer nem dar seguimento a denúncias cujo suporte probatório se ampara em intervenções policiais ilegais.

Quanto ao ponto, é importante mencionar que o reconhecimento judicial da ilegalidade da busca, além do desentranhamento das provas do processo penal por força da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pode encetar também a posterior responsabilização disciplinar/civil do agente e do próprio Estado. Assim, a perspectiva de que uma busca poderá ser reconhecida como ilegal pelo aparato jurisdicional impele o policial a ser mais cauteloso em seu trabalho cotidiano, de modo que, conforme mostra também a experiência estadunidense, a contraposição judicial a buscas inválidas permite inserir a validade da busca como um foco prioritário das preocupações policiais. Ademais, a atuação do Poder Judiciário pode até produzir efeitos no que toca à eficiência da atuação policial: quiçá a invalidação de buscas exploratórias impelisse ao investimento em táticas mais efetivas de investigação, em substituição à aposta cega na “varredura” de jovens negros que circulam nas ruas públicas.

Com efeito, as diretrizes que norteiam a prática da busca pessoal pelos policiais dependem precipuamente da sua valoração pelas instituições atuantes na persecução penal, de modo que desponta nos discursos policiais “a importância judicial das ações praticadas pelos policiais e a importância que estes mesmos policiais atribuíam à valoração de suas ações por delegados, juízes e promotores” (DUARTE *et al.*, 2014, p. 111). Portanto, os policiais só podem “retratar a demarcação e a abordagem de suspeitos como situações não problemáticas” (DUARTE, *et al.*, 2014, p. 112) porque, de fato, tais atos não são problematizados pelas instituições que os utilizam – mormente as polícias judiciárias e o próprio Judiciário.

Nesse cenário, evidencia-se que de nada adianta uma leitura estrita do permissivo legal, nem possibilidades abstratas de questionamento da validade da busca pelo cidadão abordado, se, ao mesmo tempo, há uma validação automática e generalizada das buscas pessoais pelas próprias instituições incumbidas do controle da atuação policial e da observância dos direitos fundamentais. Portanto, a responsabilidade por um cenário de abusos e arbitrariedades policiais generalizadas deve ser compartilhada não só pelas próprias polícias, mas também pelos órgãos de controle, cuja omissão viabiliza o total esquecimento dos requisitos legais.

CONCLUSÃO

A abordagem policial em via pública evoca o embate entre o poder policial e a liberdade de ir e vir em seu nível mais básico e, é possível dizer sem receio de exagero, constitui um tema de abrangência global na sociedade moderna. Assim, durante caminhada de sete anos entre a Etiópia e o Chile (*Out of Eden Walk*)³⁷¹, o jornalista Paul Salopek passou por 43 (quarenta e três) abordagens policiais (*stops*), documentadas com o objetivo de comparar a fruição da liberdade de ir e vir em cada país, e, ao cabo, concluiu: “o modo como a polícia o trata diz algo de fundamental sobre a sociedade a qual ela serve”³⁷².

Quanto ao cenário brasileiro, a interação entre policiais e cidadãos no espaço público é insuficientemente regulamentada. Nesse contexto, a busca pessoal, abordagem coercitiva, invasiva e estigmatizante, é exercida de modo desconcentrado e descontrolado, sobretudo em face de grupos historicamente discriminados. Com efeito, mesmo as estatísticas oficiais desvelam uma altíssima quantidade de buscas realizadas, as quais atingem preponderantemente inocentes, com os quais não são encontrados objetos incriminadores, o que revela seu caráter exploratório. Paralelamente, tais buscas se direcionam, quase sempre, a um mesmo alvo: ao jovem negro e pobre, que transita nos espaços urbanos sob um vigilante olhar de desconfiança. Qualquer mais tênue fração de conduta desse jovem pode ser adjetivada como uma “atitude suspeita” e, assim, servir de fundamento para que ele seja compelido a levantar seus braços sobre a cabeça, a colocar seu corpo contra a parede e a tolerar ser apalpado de cima a baixo pela guarnição policial que dele suspeita.

Admite-se então que atos de coerção policial, ainda que não truculentos e momentâneos, sejam mobilizados como afirmações diárias da autoridade do policial e da correlata vulnerabilidade do cidadão. Por um lado, tais intervenções reforçam uma concepção débil de cidadania e fragilizam, dia a dia, a efetividade dos direitos que dão substrato à ordem constitucional. Por outro, são muito vagamente articuladas sob a perspectiva jurídica e muito fragilmente explicadas sob a perspectiva tático-operacional. Com efeito, os fundamentos e as finalidades de tais intervenções são associadas ora a propósitos preventivos, ora a propósitos repressivos e há pouca ou nenhuma verificação quanto aos resultados concretamente almejados pela sua execução generalizada, inviabilizada pela própria falta de transparência policial.

³⁷¹ O trajeto, que visava a refazer a jornada dos primeiros humanos em suas explorações além-África, envolveu 36 países. Registro disponível em: <http://nationalgeographic.org/projects/out-of-eden-walk/> Acesso 05/01/17

³⁷² Tradução livre de trecho de entrevista. Disponível em <https://www.themarshallproject.org/2015/03/23/they-didn-t-believe-the-camels-were-ours?ref=collections#.qIU7ZU5op> Acesso em 05/01/17

Essa execução da busca pessoal como medida de rotina do policiamento ostensivo formata um cenário de ilegalidades sistemáticas e prejuízos múltiplos. O uso generalizado e tendencialmente discriminatório da medida leva a violações cotidianas de direitos, reafirma estigmas conexos à suspeição policial (extrajurídica) e ainda pode reforçar a desconfiança mútua entre a sociedade e o aparato policial. Trata-se, pois, de um modelo incompatível com o Estado de Direito. Neste, não se pode admitir a submissão da fruição da liberdade de ir e vir à vontade e ao tirocínio – vale dizer, ao arbítrio e à intuição – do policial em patrulha.

Ante tal cenário, cumpre reconhecer que, até certo ponto, a redação deste trabalho foi permeada pela sensação de que, para coibir o arbítrio detectado na atual prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras, o essencial neste momento é, simplesmente, afirmar o *óbvio*: afirmar a necessidade de submissão da busca pessoal às condições de validade já estabelecidas na legislação vigente, a qual não possui brecha para a execução da busca pessoal como procedimento de praxe do policiamento ostensivo-preventivo. De fato, Darcy Ribeiro (1979, p. 11) já alertava que, no labor científico, está-se o tempo todo “tirando os véus, desvendando, a fim de revelar a obviedade do óbvio”.

Aqui, contudo, tal empreitada não basta. É preciso ir além, pois afirmar e reafirmar o óbvio – a necessidade de submissão da busca pessoal à legalidade – é tarefa que, conquanto indispensável, corre o risco de revelar-se inócua. Isso porque, para que tal constatação produza efeitos reais sobre as praxes policiais, é preciso enfrentar um desafio bem menos simplório: o de arquitetar técnicas sólidas para tornar efetivo o controle de validade da busca pessoal. Portanto, além de identificar as condições de validade da busca pessoal, é indispensável aperfeiçoar seus procedimentos e mecanismos de controle, tarefa cuja dificuldade decorre da necessidade de atender a dois objetivos concomitantes: o de coibir sua execução inválida, abusiva e discriminatória – a qual dilacera a efetividade dos direitos fundamentais e produz efeitos colaterais nefastos –, mas sem inviabilizar a sua execução válida e eficaz – a qual serve à investigação criminal, à inibição de condutas danosas e até mesmo à prevenção de intervenções policiais mais invasivas ou mesmo letais.

Tendo em mira tais diretrizes, a prática de buscas pessoais amparadas na adjectivação potestativa de pessoas, atitudes ou situações como “suspeitas” pelos policiais deve ser rechaçada. Tais buscas, praticadas a partir de um juízo genérico de desconfiança formulado no aqui-e-agora do patrulhamento (suspeição extrajurídica), não se embasam em um crivo de discricionariedade na aplicação seletiva da lei. Não há uma seleção de casos prioritários aos quais seria aplicado o permissivo legal em detrimento de outros. Há apenas o arbítrio policial, que ignora a dicção legal e reproduz estigmas do senso comum. Como visto, esse modelo

disciplinar é justificado pelo tirocínio, cuja definição sugere precisão na escolha dos revistados, mas, contraditoriamente, subjaz ao uso desconcentrado e ineficiente da busca pessoal.

A perpetuação desse modelo de execução da medida é viabilizada e ratificada não só pela falta de transparência e monitoramento das buscas pelas polícias, mas também pela deficiência de sua racionalização dogmático-jurídica e de seu controle judicial. Com efeito, a atuação das polícias orienta-se pelo poder das demais agências e implica a gestão de suas próprias limitações operacionais, de modo que, diante da validação rotineira da prática generalizada de buscas pessoais pelas instâncias de controle, essa tática tende a ser mantida.

Nesse particular, é indispensável reconhecer que prepondera, por parte da própria doutrina jurídica, uma leitura incompleta do permissivo legal para a prática da busca pessoal, a qual permite a desvirtuação da suspeita e a desfuncionalização da medida. Ademais, não há parâmetros jurisprudenciais claros a esse respeito por parte do STF ou do STJ. O único julgado em que se reconheceu a ilicitude de busca pessoal se refere a um caso dotado de peculiar particularidade quanto às condições pessoais do revistado, o que distingue o caso das buscas corriqueiramente realizadas pelo aparato policial. Ainda, não há nem sequer um julgado colegiado em que se tenha reconhecido a ilegalidade de busca pessoal sucedida da apreensão de prova incriminadora contra o revistado, o que indica uma validação invertida das buscas por seus resultados e não por seus fundamentos.

Há, pois, uma tendência de desconcentração e descontrole dessa medida por parte das polícias brasileiras, às quais as instâncias de controle impõem pouca ou nenhuma resistência, de modo que as demandas policiais por mais poder podem se estender até a validação do arbítrio puro. Em contraste, a *stop and frisk*, intervenção policial análoga à busca pessoal, é um tema constante do direito estadunidense, o qual já foi analisado em inúmeras ocasiões pela Suprema Corte e instâncias inferiores. Assim, o tratamento conferido ao tema no sistema jurídico estadunidense demonstra a possibilidade e imprescindibilidade de estabelecer controle judicial mais rigoroso sobre a medida.

Apresentadas tais observações, pode-se constatar que que a prática generalizada da busca pessoal viola o direito de ser deixado em paz, bem como representa a prevalência da presunção de suspeita sobre a presunção de inocência, ao passo que, noutra extremo, sob o Estado de Direito, a busca pessoal deve ser concretamente fundamentada e possuir instrumentalidade delimitada, a fim de evitar a manifestação de sua função punitiva latente.

Nesse ensejo, à guisa de conclusão, é pertinente sistematizar alguns encaminhamentos. Em primeiro lugar, cabe notar que os policiais, assim como os demais indivíduos, podem abordar indivíduos no espaço público, porém (1) *toda abordagem policial deve possuir um*

fundamento objetivo e concreto, ainda que sem vinculação com prática criminosa. E, ademais, (2) *toda abordagem policial coercitiva (retenção) deve ser motivada por suspeição jurídica* (indícios de crime ou de dano/perigo iminente), e não por suspeição extrajurídica (a qual pode até constituir filtro para a percepção social, mas não fundamento suficiente para a coerção).

Nessa trilha, (3) a *busca pessoal* pode ser definida como *a procura na parte exterior do corpo, nas vestes e pertences do indivíduo, a qual não abrange intervenções corporais, nem acesso a dados constantes de aparelhos eletrônicos pessoais*. Ela pressupõe sempre uma prévia retenção (embasada em suspeição jurídica) e (4) o próprio ato de busca pessoal, em particular, deve ser motivado por *fundada suspeita da posse de arma proibida/corpo de delito* (instrumentalidade probatória: CPP, art. 244) ou por *fundada suspeita de porte de arma (proibida ou não), em situação de dano ou perigo iminente que configure excludente de ilicitude* (instrumentalidade inibitória: CP, arts. 24 e 25). E, em qualquer caso, (5) a *extensão* da busca pessoal *deve ser delimitada pela instrumentalidade que a fundamenta*, em contraposição à prática da busca como devassa geral e irrestrita da privacidade individual.

Paralelamente à definição de tais condições de validade, (6) os *procedimentos* de execução da busca pessoal devem propiciar *transparência, fiscalização e controle de sua validade* (e não só de sua eficiência), razão pela qual são imprescindíveis o *registro* da busca, incluindo dados sobre local, data, horário, pessoa abordada e razões e resultados da abordagem, a *divulgação de dados* pelas polícias e o *rigoroso controle de validade pelas instâncias externas*, entre as quais se destacam o MP e o Judiciário.

Por fim, como proposta de alteração legislativa, (7) *a dispensa de mandado para a busca pessoal probatória não deve ser associada à natureza do objeto procurado (constitutivo ou não de corpo de delito), mas sim à configuração de urgência para a realização imediata da busca*. Logo, a busca pessoal dependeria da *fundada suspeita da posse de objetos com relevância probatória para o processo penal* e a dispensa de mandado prévio demandaria situação de *dano ou perigo iminente* ou de *risco ao resultado útil da busca*, à semelhança dos requisitos exigidos no art. 300 do CPC para a concessão de tutela de urgência.

A partir de tais diretrizes, espera-se fornecer parâmetros para a conformação da busca pessoal às diretrizes do Estado de Direito. Não há como esperar efetividade dos direitos fundamentais se tais direitos são cotidianamente violados pelo aparato policial incumbido de protegê-los e se tais violações, por sua vez, são cotidianamente chanceladas pelo aparato institucional incumbido de rechaçá-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sergio. Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, 1996.
- ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro. “Faro Policial”: um estudo de caso acerca dos critérios de construção e operação de padrões de suspeição e seletividade na ação policial. *39ª Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS)*, p. 1–25, 2015.
- ALCADIPANI, Rafael. Respeito e (des)confiança nas polícias. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, n. 7, p. 108, 2013.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, v. 6, n. 24, p. 21–53, 2005.
- AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- AMARAL NETO, Silas Bordini do. Busca pessoal como estratégia de eficiência na prevenção criminal e medida de preservação da ordem pública. *Justitia*, n. 66 (200), 2009.
- ANDRADE, Ivan Moraes de. *Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. *Sequência (Florianópolis)*, v. 67, p. 335–356, 2013.
- ARANHA, Adalberto José de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARENDRT, Hannah. *Da violência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ASSIS, José Wilson Gomes de. Operações tipo blitz e buscas pessoais coletivas: as ações preventivas da Polícia Militar e sua legalidade. *Jus Militaris*, p. 5–6, 2007.
- AVELAR, Laís da Silva. “O ‘Pacto pela Vida’, aqui, é o pacto pela morte!”: o controle racializado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do Grande Nordeste de Amaralina. 2016. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- AZEVEDO, André Nunes de. A reforma Pereira Passos: uma tentativa de integração urbana. *Revista Rio de Janeiro*, n. 10, p. 39–79, 2003.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites - século XIX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 2, n. 3, p. 57–69, 1997.

_____. *O conceito de segurança na Europa*. Texto apresentado na disciplina Políticas de Segurança Pública do curso de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília: Brasília, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Common law e civil law: aproximações para além de uma Constituição escrita. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 623–650.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 2, n. 3, p. 134–155, 2008.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira; SOUZA, Letícia Godinho; SOUSA, Rosânia Rodrigues. Mecanismos de filtragem racial na atividade policial - o caso de Minas Gerais. *38º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS)*, p. 1–36, 2014.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional*. São Paulo: Editora da USP, 2001.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEZERRA, Thays Alves. *Autos de resistência e violência policial : estratégias utilizadas para negar a violência institucional no registro das mortes dos acusados na guerra contra as drogas em duas capitais brasileiras, Curitiba e Salvador*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

BITTNER, Egon. *Aspectos do trabalho policial*. São Paulo: Editora da USP, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

BOITEUX, Luciana *et al.* (Org.). *Tráfico e Constituição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. (Pensando o Direito).

BONFIM, Eugenio Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONI, Márcio Luiz. Cidadania e poder de polícia na abordagem policial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. VII, n. 9, p. 621–666, 2006.

BORGES, Jorge Luis. Del rigor en la ciencia. *El hacedor*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRUZZONE, Gustavo A. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal. *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 241–253.

CAETANO, Lucas *et al.* Como o Policial escolhe um suspeito? [S.l.]: *Anais do 8º Encontro da ANDHEP*, 2014.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: 34/Edusp, 2000.

CALIXTO, Negi. *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1987.

CANO, Ignácio. *Controle de polícia no Brasil (Trabalho apresentado na Conferência internacional "Controle da polícia e a qualidade do monitoramento: tendências globais em contextos nacionais)*. Haia: Altus, 2005. Disponível em: <www.soudapaz.org/upload/pdf/textocanoppc.pdf>. Acesso em: 5/5/15.

CANO, Ignácio; DUARTE, Thais. *As corregedorias dos órgãos de segurança pública no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARUSO, Haydeé. *Entre ruas, becos e esquinas: por uma antropologia dos processos de construção da ordem na Lapa Carioca*. 2009. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2009.

CARVALHO, Gabriela Ponte. *O aviso de Miranda e a prova ilícita por derivação*. 2013. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Salo de. Garantismo e direito de punir. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo, 2000.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010.

CHALHOUB, Sidney. Medo Branco de Almas Negras: Escravos Libertos e Republicanos na Cidade do Rio. *Revista Brasileira de História*, v. 8, n. 16, p. 83–105, 1988.

CHAUHAN, P. *et al.* *Tracking enforcement rates in New York City, 2003-2014*. Report presented to the Citizens Crime Commission. New York: John Jay College of Criminal Justice, 2015.

CHOAY, Françoise. *O urbanismo*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CNMP. *Cidadão com segurança. Respeito mútuo entre cidadão e polícia*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/CNMP_-_Cidadao_com_Seguranca_-_Final_WEB.pdf>. Acesso em: 31/7/14.

CORREA, Alfredo Quispe. El orden interno, el orden jurídico y el orden público. *Ius et Praxis*, Lima, 1986, p. 69–78.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a lei e a ordem: violência e reforma nas polícias do Rio de Janeiro e Nova York*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio. Mudanças políticas e transformações no campo da segurança pública no Brasil. In: MACHADO, Bruno Amaral (Org.). *Justiça Criminal e Democracia II*. Barcelona: Marcial Pons, 2015. p. 337–346.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas. Medidas preparatórias – medidas de conservação*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

COSTA, Evanira Santos da. *Poder discricionário na cultura policial: um olhar sobre as práticas do policiamento ostensivo, na região atlântica da cidade de Salvador*. 2013. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) – Universidade Federal da Bahia, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRETELLA JR., José. *Direito administrativo da ordem pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA, Luciana Gross *et al.* *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2013*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/11220>>. Acesso em: 20/7/14.

_____. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2016*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/17204>>. Acesso em: 27/11/2016.

_____. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º trimestre de 2012*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2012a. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/9799>>. Acesso em: 20/7/2014.

_____. *Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 2º e 3º trimestres de 2012*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2012b. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/10282>>. Acesso em: 20/7/14.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

DICEY, Albert Vann. *An introduction to the study of the law of the constitution*. London: MacMillan and Co, 1889. Disponível em: <<https://archive.org/stream/introductiontos04dicegoog#page/n0/mode/2up>>. Acesso 4/6/15.

DICK, Philip K.. *Um reflexo na escuridão*. São Paulo: Aleph, 2016.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo: uma introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil*. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

DUARTE, Evandro Charles Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro *et al.* (Org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos. Pensando a Segurança Pública*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. v. 5. p. 81–118.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa; COSTA, Pedro Argolo. A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault: a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, p. 1–31, 2016.

DURÃO, Susana. *Polícia e proximidade: uma etnografia da polícia em Lisboa*. 2006. Tese (Doutorado em Antropologia) – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2006.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3.

FACCIOLATI, Jacobo *et al.* *A New and Copious Lexicon of the Latin Language*. Boston: J.H. Wilkins and R.B. Carter: C.C. Little and James Brown, 1837.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 17, p. 31–45, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439–459, 1993.

FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 5, p. 100–114, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FYFE, James J. Stops, frisks, searches, and the Constitution. *Criminology & Public Policy*, v. 3, n. 3, p. 379–396, 2004.

_____. Terry: A[n Ex-] Cop's View. *St. John's Law Review*, v. 72, n. 3, p. 1231–1248, 1998.

GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In: GAMBETTA, Diego (Org.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. [S.l.]: University of Oxford: Department of Sociology, 2000. p. 213–237.

GARCIA, Rafael de Deus. *O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial: gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

GARLAND, David. *A cultura do controle do crime: crime e ordem na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

- GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do congresso nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. 2010. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOFFMAN, Erving. *Comportamento em lugares públicos*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- _____. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- GOLDSTEIN, Herman. *Policinando uma sociedade livre*. São Paulo: Editora da USP, 2003.
- GOMES, Amintas Vidal. *Manual do Delegado - Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2015.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio G. de. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, v. 42, p. 30–34, 1994.
- GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Tortura e Cultura Policial no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- GOULD, Jon B.; MASTROFSKY, Stephen D. Suspect searches: assessing police behavior under the U.S. Constitution. *Criminology & Public Policy*, v. 3, n. 3, p. 315–362, 2004.
- GRANO, Joseph D. *Problems in Criminal Procedure*. St. Paul: West Publishing Co., 1997.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, volume IV*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- HARVEY, David. O direito à cidade. *Lutas sociais*, n. 29, p. 73–89, 2012.
- HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 5, p. 55–69, 1994.
- HAYEK, Friedrich. *The road to serfdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 2005.
- _____. *The Constitution of Liberty*. [S.l.]: China Social Sciences Publishing House, 1978.
- HEGEL, Georg W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEMMENS, Craig; CARMEN, Rolando V. Del. *Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide to the Major Decisions on Search and Seizure, Privacy, and Individual Rights*. Blue Ridge Summit: Rowman & Littlefield Publishing Group, 2010.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Adelaide: University of Adelaide, 2014.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IPEA. *Pesquisa SIPS*. 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120705_sips_segurancapublica.pdf>. Acesso em: 14/10/14.

ISRAEL, Jerold H. *et al. Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de (Coord.). *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: NEV/USP, 2011.

JOHNSON, Kevin R. The song remains the same: the story of Whren v. United States. In: MORAN, Rachel; CARBADO, Devon (Org.). *Race Law Stories*. New York: Foundation Press, 2008. p. 419–450.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito de defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 5 (Escritos sobre a liberdade).

KATZ, Lewis R. Terry v. Ohio at thirty-five: a revisionist view. *Mississippi Law Journal*, v. 47, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLEINFELD, Rachel. Competing definitions of the rule of law. *Carnegie papers*, n. 55, 2005.

KOUBI, Geneviève. *O Direito à in-diferença. Fundamento do direito à diferença*. 2009. Disponível em: <<http://koubi.fr/spip.php?article216>>. Acesso em: 12/3/15.

KUH, Richard H. Reflections on New York's Stop-and-Frisk Law and its Claimed Unconstitutionality. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 56, n. 1, p. 32–38, 1965.

LAFAVE, Wayne R. Routine traffic stop from start to finish: too much routine, not enough Fourth Amendment. *Michigan Law Review*, v. 102, n. 8, p. 1843–1905, 2004.

_____. “Street encounters” and the Constitution: Terry, Sibron, Peters, and beyond. *Michigan Law Review*, v. 67, n. 1, p. 39–126, 1968.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Temas de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEDUR, Nelton Henrique Monteiro. *Critérios utilizados para determinar que pessoas devem ser abordadas, preventiva ou repressivamente, em Porto Alegre, pelos Praças da Brigada*

Militar, no final do século XX. 1999. Monografia (Curso Avançado de Administração Policial Militar) – Academia de Polícia Militar da Brigada Militar, Porto Alegre, 1999.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

LEMERT, Edwin M. *Social pathology; a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*. New York: McGraw-Hill, 1951.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignácio. *Quem vigia os vigias? Um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LEVINSON, Daryl. Rights essentialism and remedial equilibration. *Columbia Law Review*, v. 99, n. 4, 1999.

LIMA, Elcimar Maria de Oliveira. *Polícia e policiamento: as ambivalências entre a formação profissional e a prática policial na periferia de Belém*. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

LIMA, João Marcelo M. Ainda em busca de controle: um olhar sobre o Ministério Público paulista e a violência policial. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, n. 9, p. 48–57, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014a.

_____. *Curso de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014b.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 65–83, 1989.

_____. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política*, v. 13, p. 23–38, 1999.

_____. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 49–59, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYOTARD, Jean-François. *The post modern condition*. Manchester University Press, 1984.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Amanda Cristina. *Controle jurisdicional dos procedimentos de identificação de pessoas*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2000, v. 2.

MATTOS, Marcos Júlio da Silva. *Reconhecimento, Identidade e Trabalho sujo na PMDF*. 2012. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

MCAFFEE, Thomas B. Setting us up for disaster: the Supreme Court’s decision in Terry v. Ohio. *Nevada Law Journal*, v. 12, n. 3, p. 609–625, 2012.

MEDEIROS, Paulo Rogério Farias. *A suspeita intuída como base legal para as abordagens policiais militares rotineiras*. 2010. Monografia (Especialização em Políticas e Gestão da Segurança Pública) – Academia de Polícia Militar da Brigada Militar, Porto Alegre, 2010.

MEHMERI, Adilson. *Manual Universitário de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MERCIER, Pascal. *Trem noturno para Lisboa*. Rio de Janeiro: Record, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal, volume 3: Parte Especial (arts. 235 a 361 do CP)*. São Paulo: Atlas, 2012.

MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro. *Revista do Ministério Público (Porto Alegre)*, v. 48, p. 199–246, 2002.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova, São Paulo*, v. 79, p. 15–38, 2010.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1988, p. 133–154.

MORIN, Edgar. *Complexidade e liberdade*. São Paulo: THOT: Associação Palas Atena, 1998.

MOTA, Fábio Reis; SILVA, Sabrina Souza da; OVALLE, Luiza Aragon. Sentidos de Justiça e moralidades investidas: uma etnografia da abordagem policial e a filtragem racial. *38ª Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS)*, p. 1–17, 2014.

MÜLLER, Sam; JANSE, Ronald. *Rule of law inventory report: academic part*. [S.l.]: The Hague: HIIL, 2007.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. *Discrecionalidad policial y aplicación selectiva de la ley en democracia*. Caracas: Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES), 2012.

_____. “*Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser*”: *Cultura e Cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro*. 1999. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA Jr., Domício. Bases conceituais de métricas e padrões de medida de desempenho policial. *In*: CARUSO, Haydée; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; BLANCO, Antônio Carlos Carballo (Org.). *Polícia, Estado e Sociedade: práticas e saberes latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit Seleções Editoriais, 2007. p. 230–280.

NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal preventiva e a busca pessoal processual. *Revista Força Policial*, n. 45, 2005.

_____. *Busca pessoal*. 2003. Monografia (Especialização em Direito Processual Penal) – Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal (Lei 12.654/2012)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NYCLU. *NYC: stop-and-frisk down, safety up*. [S.l.]: New York Civil Liberties Union, 2015.

_____. *Stop & frisk during the Bloomberg administration (2002-2013)*. New York: New York Civil Liberties Union, 2014.

OITICICA, Hélio. O herói anti-herói e o anti-herói anônimo. *Sopro*, n. 45, p. 14, 2011.

OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes de. *Estudos avançados de direito aplicado à atividade policial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ONO, Ricardo Hideaki. *Verdade processual e estratégias de silenciamento das denúncias de violência policial na guerra contra as drogas*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

OSÓRIO, Luiz Camillo (curador). *Imagens de Escuridão e Resistência*. Rio de Janeiro, Museu de Arte Moderna, 2014-2015.

PARK, Robert. A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano no meio urbano. *In*: VELHO, Otávio (Org.). *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro, 1967. Disponível em: <http://www.marcoareliossc.com.br/03velho_completo.pdf>. Acesso: 18/5/15.

PEETERS, Rik. The price of prevention: The preventative turn in crime policy and its consequences for the role of the state. *Punishment & Society*, v. 17(2), p. 163–183, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

PILDES, Richard H. Why Rights are not trumps: social meanings, expressive harms, and constitutionalism. *Journal of Legal Studies*, v. XXVII, p. 725–763, 1998.

PINC, Tânia Maria. *O uso da força não letal pela polícia nos encontros com o público*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 2007.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio et al. (Org.). *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PITOMBO, Cleunice Bastos. A desfuncionalização da busca e da apreensão. *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 151, p. 2–3, 2005a.

_____. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1973.

PLATÃO. *Laws*. Cambridge: Harvard University Press, 1961. v. I.

PMEMG. *Manual de Prática Policial v. 1*. [S.l.]: Polícia Militar de Minas Gerais, 2002.

PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório de Desenvolvimento Humano Brasil – racismo, pobreza e violência*. 2005. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/brazil_2005_po.pdf>. Acesso em: 21/7/14.

POLO, Giovana. Busca e apreensão pessoal e prova ilícita. *Boletim IBCCRIM*, v. 8, n. 92, 2000.

PRADO, Marcelo. *Abordagem e revista pessoal. (Entrevista ao Programa Direito e Cidadania)*. 2011. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=RWY2DOWK088>>. Acesso: 2/7/15.

QUEIRÓZ, Jamil Amorim de. Abordagem policial militar no contexto etnicorracial. *VI Mostra da Pós-Graduação (PROPG/UFMT)*, p. 1–13, 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Antonio Amado, 1979.

RAMÍREZ, Juan Bustos. La Seguridad Ciudadana en Latinoamérica. *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, v. XIII, n. 21–22, p. 11–24, 1990.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento suspeito”, abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Boletim segurança pública e cidadania*, v. 3, n. 8, 2004.

_____. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012. Disponível em: <http://nw18.american.edu/~dfagel/Philosophers/Raz/Rule%20of%20Law%20and%20its%20Virtue_%20Joseph%20Raz.pdf>. Acesso em: 12/6/15.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. *Ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

RIBEIRO, Airton Edno. *A relação da Polícia Militar paulista com a comunidade negra e o respeito à dignidade humana: a questão da abordagem policial*. 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

RIBEIRO, Darcy. *Ensaaios insólitos*. Porto Alegre: LPM, 1979.

RIDGEWAY, Greg. *Analysis of Racial Disparities in the New York Police Department’s Stop, Question, and Frisk Practices*. Santa Monica: Rand Corporation, 2007.

RODRIGUES, Jaime. *O infame comércio: propostas e experiências no final do tráfico de africanos para o Brasil (1800-1850)*. Campinas: Editora da Unicamp, 2000.

ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. *What caused the crime decline?* New York: Brennan Center for Justice, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2001.

RUDOVSKY, David; ROSENTHAL, Lawrence. Debate: the constitutionality of stop-and-frisk in New York City. *University of Pennsylvania Law Review Online*, v. 162, p. 117–150, 2013.

RULEMAKING, Project on Law Enforcement Policy. *Model Rules for Law Enforcement: Stop and Frisk*. Tempe: Arizona State University, 1973.

RUSSO, Carlinhos; VALLE, Zezinho do. Se não fosse o samba. In: SILVA, Bezerra da. *Se não fosse o samba*. [S.l.]: BMG, 1989, Vinyl (LP), Lado B, Faixa 2.

SALEEM, Omar. The Age of Unreason: the impact of reasonableness, increased police force, and colorblindness on Terry “stop and frisk”. *Oklahoma Law Review*, v. 50, n. 4, 1997.

SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. *American Criminal Procedure: cases and commentary*. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Políticas públicas para a redução dos índices de letalidade da ação policial*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

SCHWARTZ, Adina. “Just Take Away Their Guns”: The Hidden Racism of Terry v. Ohio. *Fordham Urban Law Journal*, v. 23, n. 2, p. 317–376, 1995.

SCHWARTZ, Herman. Stop and frisk (A Case Study in Judicial Control of the Police). *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, v. 58, n. 4, p. 433–464, 1967.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SHERMAN, Lawrence W.; SHAW, James W.; ROGAN, Dennis P. The Kansas City Gun Experiment. In: TRAVIS, Jeremy (Org.). *National Institute of Justice: Research in Brief*. [S.l.]: U.S. Department of Justice: Office of Justice Programs, 1995.

SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, v. 286, n. 24, p. 8–9, 2016.

SILVA, Carlos Eduardo Vieira Da. *O direito à privacidade e os limites da investigação policial diante do avanço tecnológico: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SILVA, Gilmar Gomes da. *A lógica da PMDF na construção do suspeito*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Júlio César Marques da. *Vadiagem, periculosidade e suspeita: uma análise do direito penal brasileiro do Código Criminal do Império ao hodierno Código de Processo Penal*. In: VI Congresso Brasileiro de História do Direito (Apresentação de trabalho). Brasília, 2013.

SILVA, Luiz A. Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. *Sociedade e Estado, Brasília*, v. 19, n. 1, p. 53–84, 2004.

SIMMEL, Georg. As grandes cidades e a vida do espírito. *Mana*, v. 11(2), p. 577–591, 2005.

SINHORETTO, Jacqueline *et al.* A filtragem racial na seleção de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro *et al.* (Org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos*. Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. v. 5. p. 121–158.

SIQUEIRA, Flaviane Montalvão. *Limites constitucionais à invasão de domicílio nos casos de flagrante por crime de tráfico de drogas: análise da imprescindibilidade do mandado judicial na Corte Norte Americana e da prática judicial de aceitação do flagrante em crime permanente na Cidade de Salvador (2012)*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SOARES, Gláucio. Confiança na polícia: uma perspectiva interativa. *Debate. Belo Horizonte*, v. 5, n. 5, p. 17–22, 2013.

SOARES, Luiz Eduardo. Prefácio. In: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SOUZA, Marcelo Lopes De. *A prisão e a ágora: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

SOUZA, Edinilsa de; MINAYO, Maria Cecília. Sob Fogo Cruzado: vitimização de policiais militares e civis brasileiros. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, n. 7, p. 110–114, 2013.

SOWLE, Claude R. *Police power and individual freedom*. Chicago: Aldine Publishing Company, 1962.

SUNDBY, Scott E. Protecting the citizen “whilst he is quiet”: suspicionless searches, “special needs” and general warrants. *Mississippi Law Journal*, v. 74, 2004.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, p. 664–670, 1957.

TALGATI, Caroline. *A transformação da natureza cautelar da prisão preventiva em medida punitiva no crime de tráfico de drogas: uma análise de casos no Distrito Federal*. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

TÁVORA, Nelson; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2012.

TERRA, Livia Maria. *Negro suspeito, negro bandido: um estudo sobre o discurso policial*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

_____. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. Que é gueto? *Revista de Sociologia e Política*, v. 23, p. 155–164, 2004.

WALKER, Samuel. *Taming the system: the control of discretion in criminal justice*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1993.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193–220, 1890.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WILLIAMSON, Richard A. The Dimensions of Seizure: The Concepts of “Stop” and “Arrest”. *Ohio State Law Journal*, v. 43, n. 4, p. 771–818, 1982.

WILSON, James Q. Just take away their guns. [S.l]: *The New York Times*, 1994. Disponível em: <http://nytimes.com/1994/03/20/magazine/just-take-away-their-guns.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em 17/09/14

WIRTH, Louis. O urbanismo como modo de vida. In: VELHO, Otávio (Org.). *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro, 1967. Disponível em: http://www.marcoareliosc.com.br/03velho_completo.pdf>. Acesso em: 18 maio 2015.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YUKA, Marcelo. Tribunal de Rua. In RAPP. *Lado B Lado A*. [S.l.]: Warner, 1999, CD, Fx 1.

ZACKSESKI, Cristina. A guerra contra o crime: permanência do autoritarismo política criminal latino-americana. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2. p. 123–132.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1.

ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em perspectiva*, v. 13 (3), p. 3–17, 1999.