



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME DE PAULA GONZAGA

**O LIMITE DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA REALIZAÇÃO DA BUSCA
PESSOAL**

BARBACENA

2013

O LIMITE DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA REALIZAÇÃO DA BUSCA PESSOAL

Guilherme de Paula Gonzaga*

Fernando Antônio Montalvão do Prado**

Resumo

Grande parte da população desconhece os procedimentos técnicos e a legalidade da busca pessoal, bem como alguns profissionais da área. A busca pessoal é considerada um meio para obtenção de provas que possivelmente se encontrem em poder dos abordados, sendo que tais provas passarão a fazer parte dos processos a que se destinem. No entanto, a mesma é questionada muitas vezes pela falta de conhecimento a respeito de sua legalidade. Este artigo tem por objetivo demonstrar a legalidade e a forma como se dá a busca pessoal com fundamento no ordenamento jurídico vigente. Para tanto, utilizou-se uma metodologia bibliográfica. Após o estudo do assunto, conclui-se que, em um país democrático, tal procedimento deverá ser feito de maneira correta e legal, tendo em vista o constrangimento gerado à pessoa passiva. Sendo assim, para que se dê esse tipo de ação é preciso seguir os princípios da oportunidade, necessidade e conveniência.

Palavras-chave: Busca pessoal. Poder de polícia. Legalidade. Legislação.

1 Introdução

A ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio são deveres do Estado, e os mesmos encontram-se amparados pelo art. 144 da Constituição Federal. Para que haja uma diminuição no índice de criminalidade necessário que haja prevenção, tanto por parte do Estado quanto por parte da população.

Visando proteger a população, os órgãos públicos, principalmente a polícia utiliza-se da busca pessoal, a qual é considerada dever e poder de polícia, uma vez que, embora limite os direitos individuais, asseguram o interesse comum, que não é outro, senão a segurança pública.

* Graduando do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC – Barbacena – MG – E-mail: guigonzaga89@gmail.com.

** Professor Orientador. Esp. em Direito Empresarial e Civildio curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC/ BARBACENA – MG. E-mail: fprado@barbacena.com.br.

A abordagem policial é desempenhada por profissionais treinados e preparados para tal, na intenção de reprimir possíveis delitos, no entanto interfere na rotina e nos direitos básicos dos cidadãos; indo desde a identificação do indivíduo abordado até a apreensão de objetos ilícitos, como armas de fogo, drogas, dentre outros.

No entanto, os profissionais da segurança pública devem ter em mente que existe uma lei que rege seus atos, e os procedimentos ali listados devem ser observados e respeitados, conforme art. 37 da Constituição Federal, onde encontram-se algumas observações a respeito dos princípios administrativos como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros.

Desta forma, este artigo, através de uma abordagem bibliográfica, tem por objetivo demonstrar a legalidade e a forma como se dá a busca pessoal com fundamento no ordenamento jurídico vigente.

2 Abordagem policial e busca pessoal

A abordagem policial é um ato de polícia na sua substância, que restringe, mesmo que apenas por um período, o direito de locomoção daquele que é abordado, sendo considerado ato administrativo.

A mesma é feita quando se observa um comportamento suspeito por parte do investigado, onde é realizada busca pessoal no indivíduo. De acordo com Mirabete (2003, p237), a busca pessoal deve ser feita com cautela, uma vez que tanto o policial quanto o abordado ficam muito próximos, sendo necessário que o policial realize a busca no corpo, vestimentas e pertences do indivíduo em questão, a fim de verificar se o mesmo porta algum tipo de objeto ilícito.

A apreensão de algum tipo de objeto ilícito constituirá prova para que tanto a autoridade policial, quanto o ministério público e o judiciário possam dar prosseguimento a um processo que irá comprovar a prática de atos ilícitos penais, civis ou administrativos por parte do indivíduo.

Segundo o Manual de Prática Policial emitido pelo Comando da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais:

As circunstâncias de local, horário, histórico, entre outras, indicarão o nível de risco que este procedimento envolve, bem como os fatores que geraram a suspeição do policial e que, portanto, justificariam a referida busca naquela pessoa. (PMMG, 2002, p.69)¹

Afirma Sapori (2007, p. 208) que durante a busca pessoal devem ser observadas a moralidade e a legalidade do ato administrativo, sendo que em caso de desrespeito aos princípios do ato administrativo por parte do policial, sua atuação será invalidada, sendo que o mesmo responderá por seus atos nas esferas penal, penal militar, civil e administrativa.

2.1 Fundada suspeita

Para que a busca pessoal se realize, é indispensável que o policial tenha algo de concreto para amparar seu ato, assim, segundo Nucci (2005, p. 493):

É requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente.

Observa-se que é necessário que o policial tenha um fundamento concreto para realizar a busca pessoal, estando assim amparado pela lei, e não apenas, a seu bel prazer, resolva que este ou aquele indivíduo devem ser vistoriados, mesmo porque é a própria Constituição Federal que afirma, em seu art. 5º:

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

¹http://www.errogrupo.com.br/v4/pt/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-pr%C3%A1tica-policial-Resolucao_3664.pdf

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Desta forma, percebe-se claramente que o policial necessita de algo palpável para que possa fazer a busca pessoal, como, segundo Mirabete (2003, p. 241): denúncia, informações de ocorrências policiais repassadas pelo COPOM, visualização de algo suspeito, flagrante delito, fuga mediante a visualização de viatura policial ou do próprio policial.

Desta feita, como exemplo, julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: 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. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo (HC 81305, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284).²

Caso ocorra algum abuso por parte do policial, sem que haja fundada suspeita, ocorre o constrangimento do indivíduo, ferindo os direitos e garantias individuais previstas na Constituição Federal.

Não se pode basear a fundada suspeita apenas em presunção, é preciso que se tenha prova concreta ou um comportamento suspeito por parte do indivíduo para que a mesma se dê.

²://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+81305%29&base=baseAcordaos

3 Abuso de autoridade

Várias são as normas que regulam o abuso de autoridade, dentre elas pode-se citar o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Penal Militar e também a lei 4.898/65, onde há a probabilidade de representação bem como de processo administrativo, civil e penal no caso deste tipo de ato por parte do policial.

Caso seja necessário o uso legal da força, o mesmo estará enquadrado às situações de estrito cumprimento do dever legal ou à legítima defesa, tanto de si quanto de terceiros.

De igual teor o Código Penal, em seu art. 23, o qual aduz:

Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II- legítima defesa; III- estrito cumprimento do dever legal [...] Parágrafo Único: o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Para Capez (2005, p. 268), a legítima defesa se dá quando “uma pessoa usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Porém, afirma ainda o autor, não ser o fato ilícito quando não há crime. Ainda chama atenção para o fato de que na legítima defesa há um efetivo ataque ilícito contra o agente ou contra terceiros.

Capez (2005, p. 290) conceitua estrito cumprimento do dever legal uma “causa de exclusão de ilicitude que consiste na realização de um fato típico por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei”. Desta forma, se um policial aborda ou realiza busca pessoal em um indivíduo sob fundada suspeita, o mesmo age por força da lei, sendo que o excludente de ilicitude abrange os agentes públicos, porém não ficam excluídos os particulares que exercem função pública.

Há de se observar que durante os trabalhos policiais é muito comum o uso da força, porém também é preciso observar como se dá referida utilização, uma vez que se trata de colocar em risco a vida do policial que ali está fazendo seu trabalho, observando-se assim o disposto na legislação vigente para o emprego da força sem que a mesma tenha conotação de abuso de poder.

Assim, sobre o emprego da força por policiais, o Código Penal é claro em seus artigos 292 e 293, a saber:

Art. 292 - Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliaram poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a

resistência, do que de tudo se lavrará auto que deverá ser subscrito também por duas testemunhas. Art. 293 - Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, á vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. (BRASIL, 2005)

De igual teor o Código de Processo Penal Militar, em seu art. 234:

Art.234 - O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por 2 (duas) testemunhas. (BRASIL, 2006, p. 447).

Como forma de proteger as garantias individuais, bem como limitar o poder do Estado sobre o indivíduo, surge a lei 4.898/658, a qual em seu art. 3 dispõe a respeito do abuso de autoridade, onde em sua alínea “i” afirma: “constitui abuso de autoridade qualquer atentado a incolumidade física do indivíduo”.

Assim, Nucci (2008, p. 344) afirma ser este dispositivo uma forma de proteger o indivíduo, porém, não descarta a possibilidade de que haja uso de força ou violência necessária em casos de prisão em flagrante delito, sendo este apoiado pelo art. 292 do CPP, não se configurando para este ato nenhum tipo de crime, seja ele de constrangimento ilegal ou lesão corporal, conforme arts. 146 e 129 do CP.

Já para os direitos humanos há uma diferenciação entre uso da força e abuso de poder, onde o primeiro é aceitável, desde que necessário e controlado e o segundo fere os princípios da dignidade humana. (NUCCI, 2008, p. 347)

Observa-se que as Corporações, através do manual intitulado Diretriz para a Produção de Serviços de Segurança Pública (2011)³, atenta para o fato da existência da legitimidade, perante a sociedade, instituída ao policial para fazer uso da força. Desta forma, a população em geral aceita como legítima a aplicação da força policial no intuito de manter e defender o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Desta forma, o profissional policial atenta sempre para o fato da utilização da força policial, para que a mesma não seja usada de forma indiscriminada e sem necessidade, uma vez que caso isso ocorra poderá ferir a conduta ética e legal da corporação, gerando assim conflitos principalmente com relação à população, que se sentirá acuada e com medo.

³http://www.errogrupo.com.br/v4/pt/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-pr%C3%A1tica-policial-Resolucao_3664.pdf

Devem ser observados, segundo Nucci (2008, p.181) os princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade e conveniência, onde tem-se pela legalidade o reconhecimento pelo policial da lei e a preparação que o mesmo recebe através de sua formação e treinamento, para que em suas ações não deixe de ter respaldo legal; com relação à necessidade, é preciso que o policial tenha bom senso para discernir a necessidade ou não da aplicação de determinados meios para que atinja seu fim, porém deve ser justo e legal; a proporcionalidade, a mesma deve ser utilizada empregando-se a força em proporção à resistência oferecida; por fim a conveniência deve ser verificada *in loco*, onde o policial atentará para a intervenção que melhor será adequada ao momento.

Desta forma, nota-se que as normas internas da polícia encontram-se em consonância com a legislação vigente.

4 O limite do poder de polícia na abordagem e o constrangimento gerado

Segundo Meirelles (2000, p. 129), diariamente a polícia, através de sua presença física, realiza seu trabalho, qual seja, preservar a ordem pública. Para que tal objetivo tenha êxito necessário se faz que ocorram abordagens que utilizem técnicas e táticas policiais, porém, dentro da legalidade, no cumprimento de seu dever.

Meirelles (2000, p. 131) conceitua o poder de polícia como sendo “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

A busca domiciliar e pessoal somente poderão ser feitas se amparadas pelo art. 240 do CPP, qual seja:

§ 1.º 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 instrumento de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fins delituosos; 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 crime; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2.º 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. (BRASIL, 2005d, p. 497/498).

No entanto, é preciso que a autoridade policial reconheça seu limite legal, para que não se exceda, conhecendo sempre o dever de agir nos limites da lei.

Verifica-se que a atividade policial se sujeita aos trâmites legais, e quando seus agentes, sem necessidade, ultrapassam os limites estabelecidos ficam sujeitos a processos criminais e disciplinares. O ato abusivo praticado pelas forças policiais traz como consequência a obrigação do Estado em indenizar o particular pelo dano suportado, em responsabilidade até mesmo objetiva (MELO, 2003, p. 81).

Ocorre ato abusivo quando uma autoridade exorbita no exercício de suas funções, ultrapassando os limites da lei. A autoridade que nos reportamos é qualquer pessoa que mantenha vínculo profissional com o Estado. A Lei 4.898/65 traz em seu art. 5º o conceito de autoridade: “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

No entender de Melo (2003, p. 87), se o mesmo ato abusivo for cometido por particular não será denominado crime de abuso de autoridade, devendo ser analisado individualmente e enquadrado de acordo com o caso específico: tortura, maus tratos, lesão corporal, exercício arbitrário das próprias razões, enfim dependerá de cada caso.

Quando um policial infringir alguma conduta que conste nos artigos da Lei nº 4.898/65, estará sujeito a um processo-crime além de responder um processo administrativo na forma do estatuto que reger sua instituição. Caso seja julgado culpado, o policial sofrerá uma sanção disciplinar que irá de uma repreensão até mesmo sua demissão do serviço público, dependendo de cada caso (MELO 2003, p. 85).

Ainda segundo o autor, com base em jurisprudência julgada recentemente, se o agente age com abuso de autoridade, e causa lesões corporais na vítima, é aplicável a regra do concurso material.

5 Considerações finais

No Brasil predomina a democracia, a qual é amparada pela Constituição Federal, desta forma necessário se faz que aqueles que cuidam da segurança pública ajam em consonância com os dispositivos legais vigentes no intuito de não ferir a Carta Magna e os direitos dos cidadãos.

Com isso muito se tem discutido a respeito da abordagem policial e da busca pessoal, havendo um conjunto de normas e legislações a serem seguidas para que o profissional da área da segurança pública não incorra em atos ilícitos durante determinado ato.

Este tipo de ação administrativa é legal e as técnicas policiais utilizadas e legislações existentes são aceitas e empregadas na rotina dos profissionais de segurança pública, comprovando que o treinamento de policiais é prioridade nas corporações.

Cabe aos órgãos de segurança pública preservar e manter a ordem pública através de sua presença física, porém deve-se considerar a abordagem e a busca pessoal como ferramentas de ação destes órgãos, utilizando-as somente quando houver fundada suspeita, agindo assim para obter provas de ilícitos. Para que se dê esse tipo de ação é preciso seguir os princípios da oportunidade, necessidade e conveniência.

A ação policial possui um caráter de prestação de serviço público, devendo as normas de proteção serem padronizadas, seguindo os ditames da Constituição Federal e das normas e legislações vigentes.

O cidadão de bem deve ter em mente que tais ações policiais são indispensáveis para aqueles que anseiam por uma queda nos índices de violência e principalmente para aqueles que desejam um futuro melhor para seus filhos.

Assim, conclui-se que tanto a abordagem policial quanto a busca pessoal, se não ultrapassarem os ditames das normas vigentes são seguramente uma ferramenta eficaz no combate à criminalidade.

Abstract

Most part of the population unknown the technical procedures and the legality of the personal search, as well some professionals of the area. The personal search is considered a way to obtaining evidences that possibly find out each other in power of the addressed, as often proves will make part of the intended process. However, the same is questioned so many times by the lack of knowledge about of your legality. This article has as subject show the legality and how is the personal search with basis in the current legislation. Therefore, this project used the bibliographic methodology. After the study of the subject, concludes that in one democratic country this procedure should be done so strictly legal. In view of the embarrassment generated to the passive person. So, to happen this kind of action, it needs follow the principles of the opportunity, necessity and convenience.

Keywords: personal search, police power, legality, legislation.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 407-522.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. *In: VadeMecum: acadêmico de direito*. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2005b, p. 03-91. 102.

_____. Código Penal.*In: VadeMecum: acadêmico de direito*. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2005c, p. 421-448.

_____. Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941. *In: VadeMecum: acadêmico de direito*. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2005d, p. 487-525.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Brasília**. 2013. Jurisprudência de HC 81305.

Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+81305%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 out. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 589 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MINAS GERAIS.Polícia Militar. **Diretriz para a Produção de Serviços de Segurança Pública** n. 03. Belo Horizonte, 2004, 54 p. Disponível em:

<http://www.errogrupo.com.br/v4/pt/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-pr%C3%A1tica-policial-Resolucao_3664.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

NUCCI, G. S.Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SAPORI, L. F. **Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, p. 208. 2007.

MELLO, Cleyso de Moraes, FRAGA, Thelma A. Esteves. **Direitos Humanos: coletânea de legislação**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.