



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS – UNIPAC
CURSO DE DIREITO

GUSTAVO MACHADO DE MENDONÇA

A ABORDAGEM POLICIAL E SUA LEGALIDADE

JUIZ DE FORA

2012

GUSTAVO MACHADO DE MENDONÇA

A ABORDAGEM POLICIAL E SUA LEGALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos– UNIPAC/Juiz de Fora, como requisito obrigatório para conclusão do curso de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Rodrigo Ribeiro Rolli

JUIZ DE FORA

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Gustavo Machado de Mendonça

Aluno

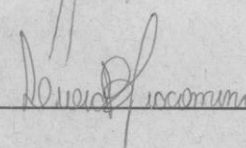
A abordagem policial e sua ilegalidade

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA







Aprovada em 10 / 12 / 2012.

RESUMO

A presente pesquisa procurou investigar as peculiaridades da abordagem policial e sua legalidade, tendo como objetivo central o estudo e o entendimento da expressão “fundada suspeita”. Para tanto foi realizado um aprofundamento teórico em diversas áreas do Direito Público – Direito Constitucional, administrativo e Processual Penal, atrelado ainda, a experiência profissional do pesquisador. Os achados dessa investigação proporcionou melhores esclarecimentos e uma visão mais crítica/reflexiva no que se refere a abordagem policial. Além disso, demonstrou a legalidade na execução da busca pessoal.

PALAVRAS-CHAVE: Fundada suspeita, Abordagem policial, legalidade, Segurança Pública

ABSTRACT

This study sought to investigate the peculiarities of the police approach and its legality, having as main objective the study and understanding of the phrase "founded suspicion". Therefore we performed a theoretical study in various areas of Public Law - Constitutional Law, Administrative and Criminal Procedure, still tied, the professional experience of the researcher. The findings of this research provided better explanations and a more critical / reflective regarding the police approach. Furthermore, the implementation demonstrated the lawfulness of personal quest.

KEYWORDS: Founded suspect, police Approach, legality, Public Safety

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	8
2 - ESTADO – ADMINISTRAÇÃO	
2.1 Conceito	10
2.2 Dos Princípios	11
2.3 Supraprincípios do Direito Administrativo	12
2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público	12
2.3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público	13
2.4 Princípios constitucionais da administração pública	14
2.4.1 Princípio da legalidade	14
2.4.2 Princípio da impessoalidade	15
2.4.3 Princípio da moralidade	16
2.4.4 Princípio da publicidade	16
2.4.5 Princípio da eficiência	17
2.5 Do ato administrativo	18
2.5.1 Atributos do ato administrativo	19
2.5.1.1 Presunção de Legitimidade	19
2.5.1.2 Imperatividade	20
2.5.1.3 Auto-Executoriedade	20
2.6 Dos Poderes da Administração Pública	21
2.6.1 Poder de Polícia	22
2.6.2 Poder de Polícia Administrativa	22
2.6.3 Poder de Polícia Judiciária	23
2.6.5 Poder discricionário	23
3 - A SEGURANÇA PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO	
DE DIREITO	26
3.1 Estado democrático de direito	26
3.2 Segurança Pública	28

3.3	Ordem Pública-----	30
3.4	Do direito à liberdade -----	32
3.5	Direito de locomoção e o direito ir e vir-----	33
3.5.1	O direito à livre locomoção e seus limites -----	35
4	ABORDAGEM POLICIAL E A BUSCA PESSOAL -----	37
4.1	Natureza Jurídica -----	41
4.2	Formação da fundada suspeita na atividade policial:-----	42
4.3	Jurisprudência-----	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	46
6	REFERÊNCIAS-----	51

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objeto de estudo os fundamentos da abordagem policial e a análise do termo “fundada suspeita”, descrito no artigo 244 do Código de Processo Penal Brasileiro.

As atividades desenvolvidas pelos órgãos responsáveis pela Segurança Pública devem ser revestidas de legalidade e suas atuações devem seguir procedimentos adequados. Dentro desta ótica é que procura-se entender o procedimento da abordagem policial e conseqüentemente a busca pessoal. Observando, precipuamente a abordagem a pessoas, pois esta é a mais crítica, uma vez que, vem a restringir, temporariamente, a liberdade do cidadão.

O interesse em desenvolver o presente tema surgiu devido ao fato deste graduando trabalhar na Polícia Militar de Minas Gerais e conhecer de perto a rotina das abordagens policiais. Além disso, a necessidade de se buscar um melhor entendimento do que a doutrina e a legislação pertinente versam sobre o assunto, já que é tratada como polêmica.

O objetivo desta pesquisa é dar uma maior clareza sobre as peculiaridades da abordagem policial e buscar uma melhor compreensão da expressão “fundada suspeita”, expressão esta descrita pelo legislador como motivadora para a realização da busca pessoal. O trabalho ainda visa demonstrar os desafios que a segurança pública encontra para conciliar o dever de manter a ordem pública com o compromisso de observar o Estado Democrático de Direito.

Para o desenvolvimento deste estudo será realizado uma demonstração da legislação pertinente ao tema, e apresentação de alguns conceitos jurídicos tais como: Estado- Administração; princípios constitucionais; ato administrativo, poder de polícia; poder discricionário; Segurança Pública, ordem pública entre outros, até chegarmos à abordagem policial propriamente dita e a realização da busca pessoal.

A consolidação da pesquisa contará com alguns aportes teóricos que forneceram subsídios científicos e sustentará as discussões aqui apresentadas. Logo, serão demonstrados os posicionamentos dos principais doutrinadores brasileiros

quanto ao entendimento das situações que autorizam a busca pessoal e qual o alcance do termo: “fundada suspeita”. É de suma importância mencionar que o trabalho também contará com a visão da prática policial vivenciada por este graduando, fato este, que muito contribuirá para uma visão mais crítica e real da construção desse processo de uma forma mais ampla.

O presente trabalho não tem a ambição de exaurir o tema, uma vez que, esse assunto ainda é pouco abordado nos ambientes acadêmicos. Dessa forma, a grande relevância dessa investigação é esclarecer a legalidade e necessidade das abordagens policiais e fornecer subsídios jurídicos ao agente público (Policiais) incumbido pela abordagem e realização da busca pessoal.

2 - ESTADO-ADMINISTRAÇÃO

2.1 - CONCEITO

O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem, podendo-se, e ainda dizer que ele é marco de um alto patamar de civilização. Nesta acepção, podemos dizer que o Estado surge num momento bem definido, qual seja o século XVI, com o surgimento dos Estados português e espanhol; todavia não se nega que na Antiguidade Clássica (*as poles gregas e romanas*) já possuía sinais pioneiros dessa realidade, porém, os autores preferem localizar seu aparecimento no nício dos tempos modernos, onde se reúnem, nas entidades políticas denominadas, todas as peculiaridades próprias de Estado. A palavra estado deriva do latim *status*, que significa estado, posição e ordem. Em seu sentido ontológico, Estado denota um organismo próprio dotado de desempenhos próprios, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder.

Já a administração pública será aqui fundamentada a partir da visão do constitucionalista Alexandre de Moraes¹, com base nos seus conceitos a administração pública é constituída sob os aspectos objetivos (também chamado material ou funcional) e subjetivos (também chamado formal ou orgânico). Como mencionou referido autor, a administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas as quais a lei atribui o exercício da função administrativa do estado. Sob o aspecto operacional, administração pública é o desempenho sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado, em benefício da coletividade.

A administração pública pode ser direta, quando composta pelos entes federados (União, Estados, Municípios e DF), ou indireta, quando composta por entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais. Sendo que o principal objetivo de tal

¹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.944 .

Administração, é o interesse público, seguindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios estes que serão demonstrados mais adiante.

Seguindo a trilha desta análise, a Administração Pública, constitui-se pela gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo preceitos de Direito e da ética, visando o bem comum. E tal administração será exercida pelos agentes públicos, que são todas aquelas pessoas físicas encarregadas, definitiva ou temporariamente, do exercício de alguma função estatal; normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo.

2.2 - DOS PRINCÍPIOS

Os princípios são regras gerais que a doutrina identifica como condensadora dos valores basilares de um sistema, e segundo à concepção de Celso Antonio Bandeira de Mello² o Princípio é:

por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo – lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico. E ainda completa: violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma, pois violando um princípio estará ofendendo todo um sistema de comandos.

Os princípios formam abstrações desprovidas de concreção. Desempenham uma função ordenadora, capaz a direcionar rumos nos momentos de instabilidade. Mostram-se invocáveis quando da exegese dos textos básicos, nos momentos de

²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

normalidade institucional, os princípios laboram imediatamente como critérios interpretativos e de integração, conferindo coesão geral ao sistema.

2.3 SUPRAPRÍNCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para Mazza³ os supraprincípios ou também intitulado superpricipios, são os princípios centrais dos quais se originam os demais princípios da administração pública. O primeiro é o princípio da supremacia do interesse público e o segundo é a indisponibilidade do interesse público.

2.3.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Mazza⁴ evidencia que, a supremacia do interesse público em detrimento do particular, é princípio implícito na atual ordem jurídica e revela que os interesses da coletividade (sociedade) são mais importantes que os interesses individuais. E é a lei que atribui poderes a uma posição de superioridade diante do particular; inúmeros são os exemplos dessas prerrogativas especiais conferidas à administração pública e seus agentes visando o interesse coletivo. Entre eles estão: a possibilidade de transformar compulsoriamente propriedade privada em propriedade pública (desapropriação); a autorização para usar propriedade privada em situações de iminente perigo (requisição de bens); a requisição de veículo para perseguir criminoso; a presunção de legitimidade dos atos administrativos; Possibilidade do exercício, pelo Estado, do poder de polícia sobre particulares; o poder para criar unilateralmente obrigações aos particulares (imperatividade) .

³MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva 2011.

⁴ *Ibidem*.

Alexandre Mazza⁵ nos traz também a noção de supremacia do interesse público é mais forte nos atos de império, marcados por uma relação de verticalidade; enquanto nos atos de gestão a horizontalidade da relação entre Administração e o particular afasta o reconhecimento total de supremacia.

2.3.2 PRINCIPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio acima supracitado elucida que os agentes públicos, no exercício da função administrativa, estão obrigados a atuarem, não segundo suas próprias vontades, mas do modo determinado pela legislação em vigor. O interesse público não pode ser objeto de disposição, devendo o Poder Público zelar pela sua conservação, guarda e aprimoramento, atuando os administradores como gestores da *res pública*. Ex.: necessidade de licitação, em regra, para compras efetuadas pela Administração; inalienabilidade de bens públicos afetados.

Hely Lopes Meirelles⁶ assevera que a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral num renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.

O conceito de interesse público é muito vasto, por isso constitui matéria de extrema dificuldade entre os doutrinadores. Ainda não se conseguiu definir ao certo o que seria interesse público, caracterizando, desse modo, um conceito indeterminado. Os significados variam, pois há aqueles que entendem que é um interesse contraposto ao interesse individual, outros defendem que é a somatória de interesses individuais, passando pela soma de bens e serviços, bem como, o conjunto de necessidades humanas indispensáveis na vida do particular.

Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello⁷,

⁵ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva 2011.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros. 32ª edição. São Paulo, 2006. p. 103.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

“ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público”

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública a vontade popular. Não podendo a função administrativa pautar-se na vontade da Administração ou de seus agentes. Significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso; a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, só é permitido fazer o que a lei autorizar.

Parte da doutrina desdobra o sentido de legalidade em duas frentes: uma em sentido negativo, princípio da primazia da lei que enuncia que os atos administrativos não podem contrariar a lei, e o outro em sentido positivo, ou princípio da reserva legal no qual preceitua que os atos administrativos só podem ser realizados mediante autorização legal.

Conforme demonstrado por Mazza⁸ o princípio da legalidade encontra fundamento em três dispositivos na Carta Magna, sendo eles: primeiro o Art. 5º inciso II

⁸MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva 2011.

que elenca que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Em um segundo momento o Art.37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”; e por fim no que dispõe o Art.84 IV “Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.”

De acordo com o ensinamento de Meirelles⁹ as leis administrativas

São, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes – deveres, irrelegáveis pelos agentes público.

2.4.2 PRINCIPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade constitui se em um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e regalias. Para Meirelles¹⁰, o princípio da impessoalidade,

nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”

Impessoalidade significa que o servidor público não pode beneficiar ou prejudicar alguém só porque esse alguém é seu amigo ou inimigo. Por esse princípio, pessoas em situações idênticas devem ser tratadas de forma idêntica. Assim pode se exemplificar ,da mesma forma que um prefeito não pode proibir seu

⁹ Alexandre. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva 2011.

¹⁰ MEIRELLES, Hely L. Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

inimigo político de ter uma padaria, o Ministério das Relações Exteriores não pode conceder o passaporte diplomático para quem não ocupa um dos cargos listados na lei que permite a concessão de tais passaportes. A Administração Pública só pode fazer discriminações que se justifiquem em razão do interesse coletivo, pois as gratuitas caracterizam abuso de poder e desvio de finalidade, que são espécies do gênero ilegalidade.

2.4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A moralidade administrativa constitui, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, sendo que o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, pois nem tudo que é legal é honesto; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação.

A Constituição Federal de 1988, em diversas situações, impõe aos agentes públicos o dever de observância da moralidade administrativa. Primeiramente no art. 5º LXXIII, autoriza à propositura de ação popular contra ato lesivo a moralidade administrativa. Além disso, o art 37, caput, elenca a moralidade como princípio fundamental para funcionamento da administração pública. O princípio da moralidade está intimamente ligado com a idéia de probidade, retidão, dever inerente ao agente público.

2.4.4 PRINCIPIO DA PUBLICIDADE

O principio da publicidade pode ser conceituado como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos. Conforme ensinamentos de Alexandre de Moraes¹¹

¹¹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

a publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado em local próprio para divulgação de atos públicos, dando conhecimento a todos e conseqüente início da produção de seus efeitos.

Ainda com relação ao presente princípio, as finalidades da publicidade dos atos administrativos são: a exteriorização da vontade da administração pública; tornar exigível o conteúdo do ato; produzir os efeitos do ato e permitir o controle de legalidade do ato praticado.

2.4.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Para explicar o princípio em questão utiliza-se das palavras de Mazza no que tange ao dever estatal ter atuação eficiente, pois é direito do usuário um serviço público prestado com qualidade rapidez. Trata-se de eficiência, o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração. Para tanto vale destacar a distinção entre as temáticas, eficiência, eficácia e efetividade, uma vez que, a eficiência seria a forma pelo qual se exerce a função administrativa, a eficácia, envolve os instrumentos empregados pelo agente, e por fim a efetividade, essa é destinada para os resultados de sua atuação.

2.5 - DO ATO ADMINISTRATIVO

Busca-se na presente pesquisa demonstrar as peculiaridades da abordagem policial e a realização da busca pessoal no cidadão. Ação esta que representa um típico ato administrativo, para tanto torna-se de extrema importância realizar algumas observações e estudos sobre os atributos do ato administrativo e a manifestação do poder polícia e poder discricionário do agente.

No decorrer das pesquisas realizadas para a consecução deste trabalho, no intuito de aprofundar os estudos no que tange a temática aqui abordada, foi verificado que a legislação pátria não conceitua ato administrativo, ficando tal função a cargo da doutrina, onde para melhor explicitar o tema são colocados alguns conceitos de maiores relevância sobre o tema demonstrados na obra Manual de Direito Administrativo de Alexandre Mazza:

Declaração do ESTADO , ou de quem lhe faça a vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicionais.

Toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

O ato administrativo pode ser exercitado pelo Estado ou por particular que tenha recebido, por delegação, o dever de executá-lo, em nome do Estado.V.g: Concessionários; Cartórios extrajudiciais que expedem certidão de óbito. Deste modo, o ato administrativo é um ato jurídico que consolida o exercício da função administrativa do Estado, e é identificado por características próprias e não pelas pessoas que o realizam. O ato administrativo é regido pelo regime de direito público, isto é, executado debaixo de prerrogativas e limites concedidos pelo ordenamento jurídico, em razão de

representar interesses da sociedade (Princípio da supremacia e da indisponibilidade o interesse publico).

2.5.1 - ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

O atributo é uma qualidade do ato, ou seja, algo que o difere dos atos praticados por particulares. Os atributos prestigiam a ação do Poder Público sobre o particular. Os atributos do ato administrativo correspondem às suas características, circunstancia que o destaca como sendo proveniente da Administração Pública, sendo eles: a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade.

2.5.1.1 - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

Essa é a característica do ato administrativo que advém do princípio da legalidade que corrobora toda atividade da Administração Pública. Há uma presunção diante a sociedade de que os atos do Estado estão em consonância com a lei, onde a inexistência desta presunção resultaria no fato de ausência de efeitos imediatos aos atos. Portanto a consequência deste atributo é a imediatividade do Ato Administrativo, sendo importante ressaltar que esta presunção é relativa e não absoluta. A presunção de legitimidade possibilita a imediata execução, cabendo ao interessado, que o impugnar, a prova de tal assertiva, não tendo ela, porém, o condão de suspender a eficácia que do ato deriva.

Conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹², há cinco fundamentos para justificar a presunção de legitimidade:

¹²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004

“o procedimento e as formalidades que antecedem sua edição, constituindo garantia de observância da lei; b) o fato de expressar a soberania do poder estatal de modo que a autoridade que expede o ato o faz com consentimento de todos; c) a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento das decisões administrativas; d) os mecanismos de controle sobre a legalidade do ato; e) a sujeição da administração ao princípio da legalidade , presumindo-se que seus atos foram praticados em conformidade com a lei.”

2.5.1.2 IMPERATIVIDADE

A imperatividade é um atributo próprio dos atos administrativos normativos, ordinatórios, punitivos que impõe a coercibilidade para o seu cumprimento ou execução. O descumprimento do ato sujeita o particular à força impositiva própria do Poder Público, ou seja, à execução forçada pela Administração ou pelo Judiciário. A imperatividade independe de o seu destinatário reputar válido ou inválido o ato, posto que somente após obter o pronunciamento da Administração ou do Judiciário é que poderá furtar-se à obediência da determinação administrativa. Nesse sentido, os atos administrativos já nascem com uma força impositiva própria do Poder Público e que obriga o particular ao seu cumprimento. É usada a coerção para seu cumprimento, sendo desnecessária a concordância do terceiro. A imperatividade só existe nos atos que impõem obrigações.

2.5.1.3 AUTO-EXECUTORIEDADE

Consiste na possibilidade de a própria Administração executar seus próprios atos, impondo aos particulares, de forma coativa, o fiel cumprimento das determinações neles consubstanciadas. Esse atributo é mais específico, e se exterioriza com maior frequência em atos decorrentes do poder de polícia, em que se determina a interdição de atividades, demolição de prédios, apreensão e destruição de produtos deteriorados. Estes atos, evidentemente, reclamam uma atuação eficaz e pronta da

Administração, não podendo, por isso, a sua execução ficar à mercê da manifestação ou da autorização de outro poder ou de outros órgãos.

Contudo a auto-executoriedade sofre limitações, já que não se aplica às penalidades de natureza pecuniária, como as multas decorrentes de infrações a obrigações tributárias. Também a utilização deste atributo administrativo fica a depender da decisão que se pretenda executar tenha sido precedida de notificação, acompanhada do respectivo auto circunstanciado, através dos quais se comprove a legalidade de atuação do Poder Público. O administrado, porém, não poderá se opor à execução do ato, alegando violação de normas ou procedimentos indispensáveis à validade da atuação administrativa. Eventual irresignação deverá ser endereçada ao Poder Judiciário, através de procedimentos próprios e, obtida a liminar, ficará o ato com sua execução sobrestada até final julgamento da lide.

Alexandre Mazza, em sua obra, Manual de Direito Administrativo, ainda nos preleciona que a autoexecutoriedade é atributo de somente alguns tipos de atos administrativos. Na verdade, apenas duas categorias de atos administrativos são autoexecutáveis: a) aqueles com tal atributo conferido por lei. É o caso, por exemplo, do fechamento de restaurante pela vigilância sanitária. b) os atos praticados em situações emergenciais cuja execução imediata é indispensável para a preservação do interesse público. Tem-se como exemplo: a dispersão da polícia de manifestação que se converte em onda de vandalismo.

2.6 DOS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.6.1 PODER DE POLÍCIA

É a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à

disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. É adequado o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Apesar da similaridade de terminologia, não se pode confundir o poder de polícia com os órgãos policiais responsáveis pela segurança pública. O primeiro está disperso em vários órgãos da Administração Pública e obedece a normas administrativas que restringem o exercício dos direitos individuais. A segurança pública é resguardada apenas pelos órgãos enumerados no art. 144 da Constituição: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia militar e polícia civil. Todos eles obedecem a normas penais e processuais penais, sendo sua atribuição restrita à prevenção e à repressão de crimes. Além disso, sua atuação está subordinada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

2.6.2 - PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

O poder de polícia administrativo, no seu atual estágio da evolução histórica, responde pela presença da Administração em situações ou relações jurídicas que ordinariamente seriam de direito privado, mas que a intervenção da entidade pública transfere obrigatoriamente, à égide do regime jurídico de direito público. A polícia administrativa objetiva a manutenção da ordem pública geral, impedindo preventivamente possíveis infrações das leis. Tanto pode agir preventivamente, como repressivamente. Em ambas as hipóteses, a sua função é impedir que o comportamento do indivíduo cause lesão para a coletividade. Este tipo de poder abriga, assim, valores como: (a) de segurança pública; b) de ordem pública; c) de tranquilidade pública; d) de higiene e saúde públicas; e) estéticos e artísticos; f) históricos e

paisagísticos; g) riquezas naturais; h) de moralidade pública; i) economia popular. Todas elas encontrando-se no mesmo nível de importância para a Administração.

2.6.3 - PODER DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

A polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) é a atividade desenvolvida por organismos, de caráter repressivo, com a função de reprimir a atividade de delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal. Incide sobre as pessoas. Tem como finalidade, auxiliar o Poder Judiciário no seu cometimento de aplicar a lei ao caso concreto, em implemento de sua função jurisdicional. Entre outras diferenças, tais como a polícia administrativa ser regida pelo Direito Administrativo, enquanto que a polícia judiciária pelo Direito Processual Penal, tem-se que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

2.6.5 - PODER DISCRICIONÁRIO

Para Bandeira de Mello¹³ discricionariedade é

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. Em resumo, é a liberdade circunscrita pela lei. E a lei pode deixar margem de liberdade quanto ao momento da prática, à forma, ao motivo, à finalidade e ao conteúdo.

Vale ressaltar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, que se configura no comportamento administrativo que não tenha previsão na norma ou que seja adverso à lei existente. Conforme Mello “Denomina-se arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica”

Nesse pensamento, vale mencionar que os atos discricionários são aqueles em que o administrador, em razão do modo com que a matéria foi regulada pela lei, deve levar em apreço as circunstâncias do caso concreto, sendo inevitável uma análise subjetiva para cumprimento da intenção legal. Há, portanto, certa esfera de liberdade que deverá ser observada de acordo com o juízo pessoal e subjetivo do agente público a fim de atender a finalidade da lei no caso concreto.

Ainda que os atos de polícia sejam discricionários, a lei confere alguns limites quanto à competência, à forma, aos fins ou ao objeto. Quanto à competência e procedimento (forma), observa-se as normas legais pertinentes, a lei. Já em relação aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. A autoridade que fugir a esta regra incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. O fundamento do poder de polícia é a predominância do interesse público sobre o particular, logo, torna-se escuso qualquer benefício em detrimento do interesse público.

Enquanto que o objeto (meio de ação) deve-se considerar o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins. O poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade é assegurar o exercício dos direitos individuais, condicionando-os ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Para os executores dos atos de polícia, pode não ser fácil o estabelecimento das linhas divisórias entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Mister se faz que os executores dos atos de polícia tenham treinamento adequado, com bons conhecimentos dos direitos dos cidadãos, para se aterem aos limites legais do poder de polícia, e não adotarem a arbitrariedade.

Com efeito, nada mais danoso à convivência social do que um agente do policial indo de encontro ao bem comum e às limitações da Lei. Porque, além da disfunção pelo mau uso das prerrogativas, há ainda uma prática contrária ao bem comum, que deve ser justamente oprimida por tal agente.

Sendo assim, com os limites impostos à discricionariedade, o que se almeja é proibir qualquer manifestação de arbitrariedade por parte do agente do poder de polícia. A intenção não é abolir os direitos individuais com as medidas administrativas referentes ao poder de polícia, dada a ordem jurídica de Estado Democrático de Direito, pelo que aplicar-se-ão os princípios da necessidade, proporcionalidade, eficácia e razoabilidade. Dever-se-á, portanto, graduar em todo exercício de poder de polícia os princípios administrativos, especialmente, os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da eficácia.

3 - A SEGURANÇA PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Busca-se nesse momento explicitar alguns direitos e garantias fundamentais dos cidadãos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a aplicação desses direitos e garantias fundamentais durante uma intervenção policial. Analisando o direito à segurança e sua relação direta com o direito a liberdade, E para melhor entendimento do assunto, é de extrema relevância a compreensão de alguns conceitos.

3.1 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado democrático de direito é um conceito de Estado que busca garantir não somente a proteção aos direitos de propriedade,mas também defende através das leis um leque de garantias fundamentais, baseadas no chamado "Princípio da Dignidade Humana". E neste contexto específico, o termo "democracia" refere-se à forma pela qual o Estado exterioriza o seu poder soberano. Mais especificamente, refere-se a quem exercerá o poder de estado, já que o Estado propriamente dito é uma ficção jurídica, isto é, não possui vontade própria e depende de pessoas para funcionar.

Conforme muito bem explicitado por José Luiz Borges Horta em sua obra História do Estado de Direito a expressão "democratia" possui origem grega e quer dizer "governo do povo". Porém, no sistema moderno, o povo não governa propriamente,o que no caso representaria uma democracia direta. Assim, os atos de governo são desempenhados por membros do povo, que são aqueles nomeados para cargos públicos através de eleição. No Estado democrático, as funções típicas e indelegáveis do Estado são exercidas por indivíduos eleitos pelo povopara tal função, de acordo com regras pré-estabelecidas que regerão o pleito eleitoral

Ja o estado de direito é aquele em que vigora o chamado "império da lei". Este termo engloba alguns significados: primeiramente, neste tipo de estado, as leis são

formuladas pelo próprio Estado, através de seus representantes politicamente constituídos; o segundo aspecto é que, uma vez que o Estado criou as leis e estas passam a ser eficazes, o próprio Estado fica obrigado ao cumprimento das normas e dos limites por ele mesmo impostos; o terceiro aspecto, que está interligado diretamente ao segundo, é a característica de que, no estado de direito, o poder estatal possui barreira impostas pela própria lei, não sendo absoluto, e o controle desta limitação se dá através do acesso de todos ao Poder Judiciário, que deve possuir autoridade e autonomia para garantir que as leis existentes cumpram o seu papel de impor regras e limites ao exercício do poder estatal. Outro ponto a ser destacado da expressão "de direito" refere-se a que tipo de direito exercerá a função de limitar o exercício do poder estatal. No estado democrático de direito, apenas o direito positivo poderá limitar a ação estatal, e somente ele poderá ser invocado nos tribunais para garantir o chamado "império da lei". Todas as outras fontes de direito, como o Direito Canônico ou o Direito natural, ficam excluídas, a não ser que o direito positivo lhes atribua esta eficácia, e apenas nos limites estabelecidos pela norma.

Nesse sentido, destaca-se o papel fundamental exercido pela Carta Magna. Nela encontra-se os limites e as regras para o exercício do poder estatal (onde se inscrevem as chamadas "garantias fundamentais"), e, a partir dela, e sempre tendo-a como pilar de um sistema, redige-se o restante do chamado "ordenamento jurídico", isto é, o conjunto de leis que regem uma sociedade. O estado democrático de direito não pode prescindir da existência de uma Constituição.

De acordo com a temática abordada no presente trabalho, vale ressaltar que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado. Bem elucidativo é o raciocínio de Justen Filho¹⁴:

Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe **antes** do Estado. [...] o interesse público não pode ser titularidade do Estado, mas atribuído ao Estado por ser público.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005

Assim, em um Estado Democrático de Direito, o Estado somente está legitimado a ser sujeito de interesse público. Atribuir ao Estado a titularidade de interesse privado infringe o princípio da República.

3.2 – SEGURANÇA PÚBLICA

A segurança da sociedade passa a existir como requisito fundamental à garantia de direitos e ao cumprimento de deveres, fundados nos ordenamentos jurídicos. Essa segurança é considerada uma demanda social que necessita de estruturas estatais e demais organizações da sociedade para ser efetivada. Às instituições ou órgãos estatais, incumbidos de adotar ações voltadas para garantir a segurança da sociedade, intitula-se sistema de segurança pública, tendo como eixo estratégico a política de segurança pública, ou seja, o conjunto de ações esquematizadas em planos e programas e implementados como forma de garantir a segurança individual e coletiva.

A segurança pública vem provocando inquietações e constantes debates entre estudiosos, sociedade e governos. Os mecanismos de controle e repressão da criminalidade e da violência têm sido insuficientes para proporcionar a segurança individual e coletiva. No campo do processo de constituição da política de segurança pública, são elaborados os mecanismos e as estratégias de enfrentamento da violência e da criminalidade que afeta o meio social. A participação da sociedade por meio de suas instituições representativas torna-se crucial para o delineamento de qualquer política pública. A complexidade da questão implica na necessidade de efetiva participação social, como meio de democratizar o aparelhamento estatal no intuito de garantia de uma segurança cidadã.

Para um melhor entendimento do presente trabalho, pretende-se delimitar a expressão “segurança pública”. Conforme elucida o Professor De Plácido e Silva¹⁵:

"Segurança: derivado de segurar, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido de seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. E Segurança Pública? É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. A segurança pública, assim, limita a liberdade individual, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a".

O direito à segurança está inserido no rol dos direitos fundamentais previstos no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶, a qual afirma que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” A Referida Declaração ainda estabeleceu a paz como um de seus fundamentos e elencou, em seu artigo XXIX, que a ordem pública e o bem-estar da sociedade são motivos para o estabelecimento de limites aos direitos e liberdades individuais.

O ordenamento jurídico brasileiro previu o direito à segurança no preâmbulo da Constituição Federal¹⁷, já o caput do artigo 5º, versa a respeito dos direitos individuais, e no caput do artigo 6º, trata sobre os direitos sociais. Assim, verifica-se que, no estabelecimento dos direitos fundamentais, ênfase foi dado ao direito à segurança, porquanto não há como garantir o bem-estar, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, e à propriedade, sem a existência de um ambiente seguro. Verifica-se assim, que o direito à liberdade se encontra ao lado do direito à segurança em todas as normas citadas, motivo pelo qual não é possível um sem o outro. Neste

¹⁵Silva, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. 4v

¹⁶ ONU. (1948) Declaração Universal de Direitos Humanos.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988.

sentido, a segurança não se contrapõe à liberdade e sim é condição para o seu exercício, fazendo parte de uma das inúmeras e complexas vias por onde trafega a qualidade de vida dos cidadãos.

A Constituição de 1988, em seu artigo 144, estabelece que a segurança pública é "dever do Estado", além de ser "direito e responsabilidade" de todas as pessoas. E a sua finalidade é a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para a concretização destas metas, o texto constitucional define os organismos policiais e Corpo de Bombeiros Militares, como os órgãos diretamente responsáveis pela promoção da ordem e da segurança pública. Sendo eles: a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as polícias civis estaduais, as polícias militares e os corpos de bombeiros.

3.3 - ORDEM PÚBLICA

Todo cidadão possui direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados pela Constituição Federal, e portanto devem ser ressaltados e respeitados. O exercício dos direitos individuais exige a permanência das instituições e o funcionamento dos diversos serviços públicos existentes, o que ocorre por meio da ordem pública, que deve ser preservada, permitindo o desenvolvimento da sociedade. A manutenção da ordem pública é essencial para a existência da sociedade e realização de seus objetivos. O Estado deve preparar e manter forças que estejam voltadas para a preservação da ordem pública, que expressa uma situação de tranquilidade material, de ausência de desordens.

E para melhor entendimento do tema, Lazzarini¹⁸ conceitua que

A ordem pública se constitui pelas condições mínimas necessárias a uma conveniente vida social, a saber: segurança pública, salubridade pública e tranquilidade pública, e se materializa pelo convívio social pacífico e harmônico,

¹⁸LAZZARINI, Álvaro. Estudos de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p.

pautado pelo interesse público, pela estabilidade das instituições e pela observância dos direitos individuais e coletivos.

O Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200)¹⁹ conceitua, em seu artigo 2º, ordem pública, manutenção da ordem pública e perturbação da ordem, nos termos que se seguem:

Em primeiro, a Manutenção da Ordem Pública, que é o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública. Em um segundo momento, a conceituação de Ordem Pública, afirmando ser o conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. Por ultimo temos a definição de Perturbação da Ordem, abrangendo todos os tipos de ação, inclusive as decorrentes de calamidade pública que, por sua natureza, origem, amplitude e potencial possam vir a comprometer, na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e a manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas.

Sendo assim, a preservação da integridade física e patrimonial do cidadão é atividade de segurança pública, que ao lado da tranquilidade e da salubridade pública são aspectos de ordem pública. Sendo o Estado o grande responsável pela segurança de todos, pois de todos deve e pode exigir o cumprimento dos deveres necessários à manutenção desta condição

¹⁹ BRASIL. DecretoFederal n. 88.777 de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as policias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). Brasília, DF 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm#regulamento>. Acesso em: 3 Nov. 2012.

3.4 - DO DIREITO À LIBERDADE

Segundo a concepção de Hegel²⁰

O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo.

O direito à liberdade está previsto no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹, no preâmbulo²² e no caput do art. 5º²³ da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. O direito à liberdade é desdobrado nos diversos incisos do artigo 5º da CF/88, a exemplo do direito à livre manifestação de pensamento e o direito à liberdade de culto religioso. Também está diretamente relacionado ao direito à liberdade o contido no inciso II, do art. 5º da CF/88, que trata do princípio da legalidade e reza que —ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A liberdade é a circunstância na qual se supõe estar livre de limitações ou coação, sempre que se tratar de agir de modo lícito, de acordo com princípios éticos e legais consagrados em uma da sociedade. Mas o ser humano é eminentemente social e vivendo desta forma, suas atitudes interferem na vida de outros homens. Para que

²⁰ HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²¹ ONU. (1948) Declaração Universal de Direitos Humanos. Art. III Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. 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

esta intromissão tivesse um caráter construtivo, fora necessário criar-se algumas normas que preservassem a paz nesse contexto, assim, de forma escrita ou não, algumas normas de comportamento foram formando-se ao longo do tempo, tornando-se hoje um grupo de regras as quais chamamos de direitos. Neste aspecto, o direito à liberdade é mencionado nas mais diversas formas, sempre considerando o indivíduo como parte de um grupo, no qual influi e do qual recebe influência, ou seja, torna-se necessário à vida em sociedade a definição de regras claras, escritas ou não, para um convívio harmonioso entre as pessoas. Não tendo o citado direito o condão de estabelecer uma armadura em torno das pessoas, de forma a evitar que elas fossem responsabilizadas por suas escolhas livres, quando contrárias à lei, em detrimento do interesse coletivo - mas garantir aos indivíduos a autonomia sobre suas próprias vidas, de suas famílias e de seus negócios, livres do arbítrio do Estado e dos outros indivíduos.

Portanto, verifica-se que o Direito assegura a liberdade, contudo também gera obrigações, conforme afirma Cavalieri Filho em sua obra Programa de Sociologia Jurídica (2006, p. 25) “a noção de Direito está intimamente ligada à noção de obrigação.” Trata-se de normas que visam permitir a convivência entre os indivíduos, prevenir conflitos e garantir a paz social.

3.5 - DIREITO DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO IR E VIR

O direito à livre locomoção está previsto no artigo XIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴, que preceitua:

“toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado e toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.”

²⁴ ONU. (1948) Declaração Universal de Direitos Humanos.

O Pacto de San Jose da Costa Rica²⁵, em seu art. 7º, que trata do direito à liberdade pessoal, ainda discorre sobre o direito à livre locomoção por meio de seus parágrafos 2º e 3º, os quais afirmam que:

Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas, e ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito à liberdade de locomoção do indivíduo por meio do inciso XV, do art. 5º da carta magna, onde assevera que:

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.

Importante se faz destacar que é pela locomoção que o indivíduo exterioriza um dos aspectos fundamentais da sua liberdade física. Circular consiste em deslocar-se de uma localidade para outra; em um sentido vasto, contudo, deve incluir o próprio direito de ali permanecer. O circular e/ ou transitar caracteriza a liberdade do homem poder escolher seus destinos por todos os espaços públicos e privados, sendo que seu bloqueio de transitar só poderá ocorrer se vier a infringir direito de terceiro, uma vez que as normas de convivência social, bem como as normas jurídicas não nos possibilitam ultrapassar os direitos alheios em detrimento de nossas vontades. Com a defesa do direito à liberdade, almeja o Estado dar proteção ao indivíduo no seu relacionamento em sociedade, sem nenhuma restrição, salvo para proteger o bem comum ou o interesse público, logo, o ordenamento jurídico pátrio garante ao cidadão, em território nacional, a inviolabilidade de sua locomoção em terras nacionais, colocando que todos

²⁵ OEA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica, San José da Costa Rica, 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2012.

são livres para deslocarem por onde queiram, obedecidos as leis vigentes, isto porque as leis são as aspirações da vontade popular. O Estado, por um princípio fundamental de justiça, tem de respeitá-los, não lhes podendo delinear outros limites senão aqueles inteiramente necessários à convivência social. Portanto, direito de ir, vir e permanecer é o direito fundamental do indivíduo. Se locomover livremente, por espaços públicos ou privados, respeitando autorizações e permissões, haja vista que na ocorrência de proibição esta deverá estar pautada na legalidade, seja para proteção do bem público, seja para defesa da propriedade, conforme preconiza nossa Carta Magna de 1988 e que a interferência neste direito requer a necessidade do ato, pois não é qualquer anseio pessoal que pode reprimir o livre transitar do cidadão.

3.5.1 - O DIREITO À LIVRE LOCOMOÇÃO E SEUS LIMITES

Alexandre de Moraes em sua obra *Direitos humanos Fundamentais* (2007, p. 166), ao analisar o inciso XV, do art. 5º da CF/88, enfatiza o seu teor material e o fato de que o direito à livre locomoção não é absoluto e pode ser limitado pelo legislador ordinário.

A Constituição Federal consagra o direito à livre locomoção no território nacional em tempo de paz, autorizando diretamente a qualquer pessoa o ingresso, a saída, a permanência, inclusive com os próprios bens. [...] Dessa forma, podemos concluir que a liberdade de locomoção engloba quatro situações: o direito de acesso e ingresso no território nacional; direito de saída do território nacional; direito de permanência no território nacional; direito de deslocamento dentro do território nacional. [...] Trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias. Assim, poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes ao ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio.

Com o intuito de amoldar e harmonizar o direito à livre locomoção com o direito à segurança, o direito à justiça e demais direitos fundamentais impactados, o legislador constituinte estabeleceu para ele limites externos ou restrições indiretamente constitucionais. O art. 5º, XV, da Constituição Federal de 1988 transferiu expressamente ao legislador ordinário, por meio da expressão [...] nos termos da lei [...], o poder / dever de conformar a liberdade de ir e vir, no ordenamento infraconstitucional, para garantia da total eficácia do conjunto dos direitos fundamentais.

Assim, o art. 5º, XV da Constituição Federal²⁶ garante o direito à livre locomoção no território nacional, mas esse direito é relativo, uma vez que a liberdade de ir e vir de uma pessoa pode sofrer limitações em várias situações, como em razão do meio de transporte estabelecendo regras de controle de tráfego art. 22, XI, CF/88²⁷; da cidadania limitando a entrada, permanência e saída de estrangeiros art. 22, XV, CF/88²⁸; da situação do país em estado de sítio, art. 139, I da CF/88²⁹, e quando a pessoa estiver em situação de flagrante delito ou nos casos previstos em lei que permitir a decretação da prisão pelo juiz, conforme indica a correspondência entre o inciso XV e o inciso LXI do art. 5º da CF/88³⁰.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. 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;

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XI - trânsito e transporte

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre :XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada;

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Art 5º 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; Art 5º LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

4 - ABORDAGEM POLICIAL E A BUSCA PESSOAL

Em se tratando de busca pessoal, há um intenso processo recriminatório que perpassa por diversos campos, sejam os meios de comunicação, ou pela população em geral, que muita das vezes, tratam a busca supracitada como uma espécie de abuso praticado por agentes públicos. Sendo assim, torna-se necessário uma delimitação do seu fundamento legal, pois nos casos previstos no artigo 244 do CPP (em caso de prisão e no curso da busca domiciliar), as hipóteses são mais precisas e delimitadas, inclusive deixando expressa a autorização de sua realização sem a necessidade do mandado. Mesmo assim, ainda descrita no mesmo artigo do Código de Processo Penal, está elencada a expressão, vaga e subjetiva, “fundada suspeita”, que necessita de objetividade e precisão, e abre um enorme gama de conflitos existentes sobre o alcance da expressão.

Antes de entrarmos em pormenores, cabe esclarecer que há diferença entre "abordagem policial" e "busca pessoal". Parecem ser sinônimas, porém, esta é espécie daquela. A abordagem policial é a aproximação do policial a uma pessoa, independente de fundada suspeita, seja através de uma indagação, uma interpelação coercitiva, orientação ou qualquer outra maneira de comunicação de um indivíduo com outro. É um processo ordenado para aproximar-se de pessoas, veículos ou edificações, visando à verificação, utilizando-se de técnicas e meios apropriados, pois seu intuito maior é a prevenção criminal pela ostensividade policial. A busca pessoal, por sua vez, é espécie da abordagem policial. por ser uma ação ou atividade na qual a Polícia buscará em pessoas, veículos, casas, ou outras classes afins, objetos de delitos, como armas, drogas e outros similares. Contudo o estudo em tela trata especificamente da abordagem policial que ocorre quase que simultaneamente com a realização da busca pessoal preconizada no art. 244 do Código de Processo Penal:

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

A preconizada abordagem policial, é o momento em que o agente público investido de autoridade conferida pelo Estado e exercendo seu poder de polícia e seu poder discricionário, intercepta o cidadão, limitando seu direito de ir e vir, restringindo sua locomoção e submete o mesmo a uma busca pessoal com intuito de encontrar algum tipo de prova que constitua corpo de delito (uma arma de fogo ou alguma substância entorpecente por exemplo). Além disso, as abordagens policiais tem o escopo de gerar uma sensação de segurança; nesse sentido, o interesse da coletividade se sobressai ao do individual.

A busca pessoal é uma conduta descrita em lei destinada à atividade de Segurança Pública, realizada na maioria dos casos por policiais em serviço. A busca é efetivada no corpo, roupas ou demais objetos que o indivíduo traga consigo. Neste sentido, segue abaixo alguns conceitos doutrinários

Para Nucci:³¹

Pessoal é o que se refere ou pertence à pessoa humana. Pode-se falar em busca com contato direto ao corpo humano ou a pertences íntimos ou exclusivos do indivíduo, como a bolsa ou o carro. Aliás, a busca realizada em veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião etc.), que é coisa pertencente à pessoa, deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial. A única exceção fica por conta do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os trailers, cabines de caminhão, barcos, entre outros.

Mirabete ainda ressalta³²

Consiste ela na inspeção do corpo e das vestes de alguém para apreensão dessas coisas. Inclui, além disso, toda a esfera de custódia da pessoa, como bolsas, malas, pastas, embrulhos etc., incluindo os veículos em sua posse (automóveis, motocicletas, barcos etc.)

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

A doutrina de Fernando Capez³³ assevera que a busca pessoal é realizada na pessoa (incluindo também bolsas, malas, etc.) e em veículos que estejam em sua posse (automóveis, motocicletas, etc.).

A finalidade da busca pessoal encontra-se prevista no parágrafo 2º do artigo 240 do CPPB, o qual determina que o intuito da busca pessoal é encontrar arma proibida ou os objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo primeiro também do artigo 240 do referido código, que estejam ocultos com alguém (desde que haja fundada suspeita).

Os sujeitos envolvidos na busca pessoal podem ser classificados como Ativos ou Passivos. Os passivos são todos aqueles que são submetidos ao procedimento da Revista, ou seja, são os revistados. Já os Ativos são os indivíduos que realizam a conduta de revistar. Para Tourinho, sujeito ativo é a própria autoridade, seja ela Judicial ou Policial, ou ainda os seus agentes.

No entendimento de Nucci,³⁴ as pessoas que podem realizá-la estão descritas no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, os que possuem a função constitucional de garantir a segurança pública e investigar ou impedir a prática de crimes:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I- Polícia Federal
- II- Polícia Rodoviária Federal
- III- Polícia Ferroviária Federal
- IV- Polícias Cíveis
- V- Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares

Sendo assim, o citado doutrinador entende que as guardas municipais não possuem tal função, logo, não estão autorizados a fazer a busca pessoal. Naturalmente se um flagrante ocorrer, podem prender e apreender pessoa e coisa objeto de crime,

³³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

como seria permitido a qualquer do povo que o fizesse, apresentando o infrator à autoridade policial competente.

É certo a dificuldade em levantar um sentido mais específico sobre a busca pessoal, principalmente sobre a expressão “fundada suspeita”. Vários autores abordam do tema somente mencionando o texto legal do art. 244 do Código de Processo Penal (CPP). Contudo vale destacar que a suspeição aqui tratada é a atitude de determinado cidadão, é a forma como ele age que levará o policial a uma possível intervenção. Cidadão nenhum, por si só carrega consigo o estereótipo de suspeito. Guilherme de Souza Nucci³⁵ procura diminuir a subjetividade do agente público encarregado no dever/poder de desempenhar a conduta da abordagem e conseqüente busca pessoal:

Fundada Suspeita: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 autorizadoras de uma busca, mas continuasendocurial 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.

Já Eduardo Espínola Filho³⁶ defende a legitimidade do “tino policial” usado na abordagem de suspeitos. Sustentando que:

o policial, assim agindo, cumpre com seu dever de manutenção da ordem pública e de coleta de eventuais provas da prática de um delito, discordando das decisões que fundamentam absolvições por pretenso atentado à liberdade pessoal. A maioria dos julgados já dava apoio a essa atitude, de uma intuitiva oportunidade e que se enquadra nitidamente no cumprimento dos deveres de

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000. p. 266.

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 eloqüentíssimo, 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.

4.1 – NATUREZA JURÍDICA:

Em relação à natureza jurídica da busca, a presente pesquisa revela três posicionamentos diferentes: sendo que o primeiro expõe a busca como meio de prova; o segundo, que a considera ser uma medida cautelar; e o terceiro, que ressalta que a busca possui natureza mista.

No entanto, muito se depreende da leitura do Código de Processo Penal Brasileiro; a busca pessoal é uma das duas espécies de busca (a outra espécie seria a domiciliar, como elencado no artigo 240 do CPPB), que é classificada pelo mesmo como um meio de prova, encontrando-se descrita no Capítulo XI ("Da Busca e Apreensão"), encartado no Título VII ("Da Prova"). Assim, o CPPB é o representante desta primeira corrente. Contudo, são aderentes da segunda corrente: Mirabete e Capez. Mirabete³⁷ demonstra que embora o posicionamento do Código de Processo Penal Brasileiro seja de que ela é meio de prova, para a maior parte da doutrina ela é mesmo medida acautelatória. Para a nossa lei, é ela meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios. Entretanto, embora a busca e apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, parte da doutrina a considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento

³⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

das coisas e das pessoas. São representantes da teoria da natureza mista Guilherme de Souza Nucci e Norberto Avena. Assim, Nucci³⁸ esclarece que, vistas individualmente, podem ser tidas tanto como meios de prova ou medidas assecuratórias. Adilson Nassaro³⁹ traz uma classificação diferenciada acerca da busca: para ele esta pode ser preventiva ou processual:

Será preventiva, se praticada antes de cometido o delito, com objetivo preventivo. E será processual, se realizada após a prática do crime, com o fito de encontrar provas: Antes da efetiva constatação da prática delituosa, ela é realizada por iniciativa de autoridade policial competente e constitui ato legitimado pelo exercício do poder de polícia, na esfera de atuação da Administração Pública, com o objetivo preventivo (busca pessoal preventiva). Realizada após a prática, ou em seguida à constatação da prática criminosa, ainda que como seqüência da busca preventiva, tenciona normalmente atender ao interesse processual (busca pessoal processual), para a obtenção de objetos necessários ou relevantes à prova de infração, ou mesmo à defesa do réu.

4.2 - FORMAÇÃO DA FUNDADA SUSPEITA NA ATIVIDADE POLICIAL:

Não existe muita polemica ou duvidas quando a busca pessoal é realizada durante o cumprimento de um mandado judicial, porém quanto à busca pessoal realizada em via pública sobre os argumentos da fundada suspeita surgem inúmeros questionamentos e divergências.

A busca pessoal é uma atividade policial rotineira, realizada no corpo, vestes e pertences de um determinado individuo tendo como objetivo a localização de objetos que caracterizam corpo de delito (armas de fogo; substancia entorpecentes...). As circunstâncias de local, horário, históricos, entre outros 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.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁹ NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal e suas classificações. Jus Navigandi. Acesso em: 04nov. 2012 13:40:30.

Trata-se de atividade de conteúdo discricionário que deve receber toda atenção dos policiais para não se converter em atos de arbitrariedades e discriminações, impingindo constrangimentos desnecessários às pessoas consideradas suspeitas.

A formação da fundada suspeita na atividade policial é algo muito peculiar, pois cada agente público carrega consigo seus próprios valores, e diferentes experiências profissionais. É muito comum no meio policial a troca de experiências, transmissões de vídeos, fotos e e-mails trazendo conteúdos sobre diversas abordagens policiais mal sucedidas, situações de ocorrência aparentemente simples, mas que terminaram desastrosas, e até com mortes de colegas de farda, por não realizarem uma busca pessoal de maneira eficiente. Assim, são inúmeros fatores que irão influenciar um policial a decidir se determinada atitude de um cidadão é suspeita ou não, e se a sua conduta estará fundamentada. Será que um policial que trabalha em grandes centros, como Rio de Janeiro e São Paulo possuem o mesmo censo de suspeição de policiais que trabalham no interior de Minas Gerais, por exemplo?

O respeitado Guilherme de Souza Nucci⁴⁰ entende que uma denúncia realizada por terceiros ao policial seria o bastante para fundamentar a busca pessoal, porém, o mesmo agente público valendo-se da sua experiência e fatores como horário, local entre outros não seriam suficientes para ensejar o procedimento da revista. Ora, será que uma “pessoa comum” que realiza uma denúncia ao¹⁹⁰ é mais capacitada para visualizar situações de crimes e suspeições do que o policial que vivencia o dia a dia da prática operacional? Limitar e enumerar situações que são merecedoras de uma intervenção policial são praticamente impossíveis. São infinitas as situações que poderão ensejar uma fundada suspeita, e identificá-la é a grande questão. O policial não possui “bola de cristal”, nem o infrator ou potencial infrator possui características físicas e/ou visuais que os identifiquem. Os criminosos evoluem, as formas de atuações delituosas são dinâmicas e cada vez mais audaciosas e violentas. Enfim, acaba ficando o policial, responsável em definir em frações de segundo, se determinada atitude possui fundada suspeita, ou não.

⁴⁰NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

4.3 - JURISPRUDÊNCIA

A população em geral, bem como alguns Magistrados tem acolhido com naturalidade, a prática da busca pessoal, como pode ser observado no julgado abaixo transcrito⁴¹.

APELACAO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ALEGACAO DE SENTENCA - APOIADA EM PROVA ILICITA POR DERIVACAO. INEXISTENCIA. ABORDAGEM POLICIAL REVESTIDA DAS FORMALIDADES LEGAIS. BUSCA PESSOAL AUTORIZADA EM FUNDADA SUSPEITA. ACAO POLICIAL PREVENTIVA. PREVENCAO EFICIENTE DAQUELA OPORTUNIDADE. APELANTE QUE APOS O FATO E PRESO E ACUSADO DA PRATICA DE HOMICIDIO. PROVIMENTO NEGADO. RESTAM COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO PORTE ILEGAL DE ARMA QUANDO O AGENTE, ABORDADO POR POLICIAIS MILITARES EM ACAO PREVENTIVA E APOS REVISTA PESSOAL E ENCONTRADO, SEM AUTORIZACAO PARA FAZE-LO, EM PODER DE - ARMA MUNICIADA QUE, APÓS PERICIADA, CONCLUI-SE PELA SUA POTENCIALIDADE LESIVA. INEXISTE ILICITUDE DE PROVA OBTIDA POR MEIO DE BUSCA – PESSOAL QUANDO A ABORDAGEM POLICIAL E REVESTIDA DAS FORMALIDADES LEGAIS PREVISTAS NO ART. 244 DO CPP, ISTO E, QUANDO HOUVER FUNDADA SUSPEITA DE QUE A PESSOA ESTEJA - NA POSSE DE ARMA PROIBIDA. MEDIDA QUE RESULTOU EM VERDADEIRA E EFICIENTE PREVENCAO NAQUELA OPORTUNIDADE POR- QUANTO APOS O FATO O APELANTE FOI PRESO E ACUSADO DA - PRATICA DE HOMICIDIO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Conclusão: Acorda a Egrégia PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL Na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado: A UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

Conforme pode ser observado no citado Acórdão, o magistrado concorda com a idéia de prevenção do delito, ressaltando o princípio da oportunidade.

⁴¹BRASIL, ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. *Indeferimento de Apelação Criminal*. Apelação Criminal n. 035979002876. Relator: Desembargador: Osly Da Silva Ferreira. 22 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/>> Acesso em: 30 out. 2008. 8BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Deferimento de pedido de Habeas Corpus*. HC nº 81.305-4/GO, Marcelo Carmo Godinho e Turma Julgadora Criminal dos Juizados Especiais da Comarca de Goiânia. Relator: Min. Ilmar Galvão. 22 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=22/02/2002&numProcesso=81305&siglaClasse=HC&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=4&codMateria=2>> Acesso em: 30 out. 2012.

Outro importante julgado acerca do tema fora matéria de análise do STF. No julgamento do habeas corpus nº 81.305, o Superior Tribunal Federal⁴² arquivou um processo qual entendeu que a busca pessoal foi realizada sem haver fundada suspeita, ou seja, entendeu que a prova foi obtida por meio ilícito.

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.

Com isso é notório a censura à subjetividade do uso da busca pessoal baseada em vaga suspeita do agente público.

⁴²HC 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)

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final dessa pesquisa, trago aqui algumas considerações parciais no que tange a abordagem policial e suas peculiaridades, bem como as considerações dessa investigação no campo do Direito. É imprescindível mencionar que o presente trabalho não tem o escopo de esgotar o tema, mas sim dar início a um estudo que sirva como base para futuras pesquisas. Nesse momento, com base nos autores mencionados no decorrer do trabalho e por acreditar em sua teorias, constituo minhas próprias afirmativas mais críticas e reflexivas.

Certamente, assuntos relacionados a segurança Pública é o cargo chefe de principais meios de comunicação, diariamente somos bombardeados com variadas notícias tristes, sangrentas, mas infelizmente reais. No final do século XX, início do XXI, observou-se um aumento expressivo nos índices de criminalidade e violência urbana no país, sendo objeto de pesquisa dos principais núcleos de violência das universidades brasileiras. E diante dessa crescente intranquilidade social, estão os órgãos de responsáveis pela segurança pública, representantes estatais com a missão de proporcionar um ambiente seguro a cada cidadão.

Nesta circunstância é que a pesquisa objetiva demonstrar a legalidade da abordagem policial em face ao respeito aos Direitos individuais e às garantias fundamentais do cidadão, elencados na Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, proporcionando uma maior sensação de segurança, bem como, uma maior e efetiva presença do Estado.

Inicialmente o trabalho propôs a demonstração de alguns conceitos que embasasse a temática principal. Para tanto foi explicitado no capítulo I, a conceituação de Estado, de administração pública e os seus principais princípios norteadores, a definição de ato administrativo e explicação de seus atributos. Já no capítulo II, buscou se demonstrar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a aplicação desses direitos e garantias durante uma abordagem policial. Neste capítulo foi enfatizada a Segurança Pública e seus principais

elementos, além disso, foi realizado um estudo sobre uma das principais liberdades do indivíduo: que é a de ser livre e poder se locomover por onde desejar.

No capítulo III a análise da pesquisa passou a ser limitada para a análise da Busca Pessoal, por ser esta a espécie de busca que mais é utilizada na prática. A escolha deste tema partiu da necessidade de se levantar o que a doutrina e a legislação versam sobre o assunto, já que é uma questão corrente e polêmica. Com o transcorrer do presente trabalho foi sendo observado que a temática estudada, ou seja, a abordagem policial e a realização da busca pessoal não possuem a devida atenção por parte dos doutrinadores. Nos livros pesquisados poucas páginas versavam sobre o assunto. E quase sempre, a realização da busca pessoal é apresentada como uma conduta legal e que pode ser cumprida a qualquer momento pelos agentes públicos desde que exista a “fundada suspeita”, eis que nesse momento da pesquisa surge a principal expressão carente de definição, e explicações concretas acerca do termo elencando no artigo 244 do Código de Processo Penal, como motivadora para a execução da busca pessoal.

O que pretendo demonstrar no presente trabalho é que a abordagem policial é mecanismo importantíssimo de no campo de segurança pública, porém não pode o policial, agente publico que deve atuar em consonância com o ordenamento jurídico ser o único responsável em definir o que é ou não fundada suspeita. Em um julgado do Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴³, foi entendido que um cidadão que empreendeu fuga após avistar os policiais não ensejou fundada suspeita para a realização da abordagem e conseqüente revista pessoal. Ora, será que policiais que efetuam uma busca pessoal em pessoas que avistam os citados agentes públicos e empreendem fuga estariam cometendo arbitrariedades, abuso de autoridade? Como se vê o entendimento de suspeição não é uma unanimidade. A fundada suspeita trata-se de elemento essencialmente subjetivo, cabendo ao aplicador da Lei, em especial o policial, usando de sua experiência profissional para avaliar toda a situação, escolhendo pelo melhor momento de efetuar a abordagem policial, bem como quais cidadãos irão ser submetidos a abordagem e a busca pessoal, tudo esse processo ocorre em frações

⁴³ 2003.050.05226-Apelação, Des. MarioGuimaraesNeto-ulgamento:27/04/2003/Segunda Camara criminal-TJRJ

de segundos. Por óbvio que a abordagem policial causa um constrangimento aos cidadãos, e questionamentos quanto a atividade policial são inevitáveis. Porém aquele mesmo que questiona, no dia seguinte liga para o 190 e relata “que tem uma pessoa parada a horas em frente a sua residência em atitude muita suspeita e que desejaria a presença de uma viatura policial para fazer uma averiguação”. E, algum tempo depois a citada viatura chega e tem que averiguar a suspeição do denunciante. Será que se o agente público entender que tal situação não é fundada suspeita e não realizar a abordagem estaria se omitindo? Como pode ser observado, a atividade policial é muito dinâmica e a cada dia os criminosos também evoluem suas formas de atuações. Sendo importante ressaltar que, além de avaliar os aspectos jurídicos da abordagem, deve se ter em mente que esta conduta operacional é de alto nível de risco para a polícia bem como para toda a coletividade, e não existe nenhum ordenamento legal descrevendo a utilização de arma de fogo em punho, colocação de pessoas deitadas ao solo, dedos entrelaçados sobre a cabeça, entre outras condutas de segurança que ficam a cargo dos cursos de formação policial. Em cada caso concreto, inúmeros fatores irão influenciar na fundamentação da suspeita, assim, deve se avaliar horário, local de atuação, histórico de ocorrências anteriores envolvendo determinados infratores, mensagens repassadas pela central de operações, experiência profissional vivenciada por cada policial, bem como outras variadas circunstâncias deverão ser levadas em consideração no momento de uma abordagem.

Conforme pôde ser observado no presente trabalho a execução da busca pessoal trata se de legítimo ato administrativo, devendo ser revestido de legalidade, é ato discricionário e fiscalizador do agente público. A busca pessoal é essencial sim, pois através dela impede se a realização de diversos crimes, bem como, aumenta a sensação de segurança da coletividade. No entanto, possui limites a serem considerados, que na sua inobservância, poderá o ato se tornar ilícito. Todavia essa falta de definição específica do termo fundada suspeita, transfere por completo tal conceituação ao agente público que diante ao caso concreto deve analisar e executar a medida.

O presente trabalho não tem o escopo de defender a realização de abordagens policiais de forma indiscriminadas, com uso de força excessiva, ou qualquer outro meio

de desrespeito à dignidade da pessoa humana, nem tampouco que as buscas pessoais sejam executadas com parâmetros completamente subjetivos. Porém entendo que a atividade policial é muito peculiar e não pode ser engessada com o discurso de inviolabilidade da intimidade ou liberdade do indivíduo. Dessa forma, e mediante a inexatidão da expressão fundada suspeita, creio que a estudada medida deve ser pautada na razoabilidade e proporcionalidade.

E seguindo os ensinamentos de Santos⁴⁴ O princípio da proporcionalidade é:

“um princípio constitucional implícito, porque, apesar de derivar da Constituição, não consta nela expressamente. Analisando terminologicamente, a palavra Proporcionalidade dá uma conotação de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Neste sentido, tal princípio tem como escopo evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e a aplicação do princípio permitem vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar a violação de outro direito fundamental mais valorado. Neste sentido a proporcionalidade seria um sobreprincípio fornecedor de parâmetros para aferição da Justiça em todos e quaisquer atos do Poder Público, concebida a Justiça como fator axiológico fundante do Direito”.

Além do que já fora demonstrado, acredito que a falta de legislação específica é o que faz surgir tantas interpretações divergentes. Sendo assim, seria de bom tom que o legislador se preocupasse com o tema e regulasse a matéria. Um exemplo a ser seguido emana do campo da aviação, onde no ano de 2011 foi publicada a Resolução nº 207 da ANAC, disciplinando a busca pessoal como revista corporal, vestual, e em demais objetos realizada por policial ou por agente de proteção da aviação civil, com consentimento do inspecionado, na existência de suspeita de que haja arma ou algum objeto proibido ou na impossibilidade da inspeção por outro método, sendo vedado o embarque do passageiro que não permitir a inspeção. Ainda cabe ressaltar que no texto da citada lei está presente a expressão prevenção⁴⁵

⁴⁴ SANTOS, Jarbas Luiz dos. Princípio da Proporcionalidade: Concepção Grega de Justiça como Fundamento Filosófico - Implicações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

⁴⁵ RESOLUÇÃO Nº 207, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2011.

Art. 1º Dispor sobre os procedimentos de inspeção de segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita nos aeroportos. § 1º O objetivo da inspeção dos passageiros e suas bagagens de mão é prevenir que armas, explosivos, artefatos ou agentes químicos, biológicos, radioativos, nucleares ou substâncias e materiais proibidos, assim considerados os constantes do Anexo desta Resolução, sejam introduzidos, sem autorização, às áreas restritas de segurança - ARS, ou a bordo de aeronave.

E como podemos verificar, ressalta-se que nos dias atuais com o aumento dos índices de violência e criminalidade, e em conformidade com os preceitos constitucionais, artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (...) e dentro do senso de cidadania, é que a abordagem policial é um meio lícito e eficiente para a obtenção de provas e para a prevenção criminal.

Com isso, recomendo a leitura desse trabalho a todos aqueles que se interessam pela atividade policial, por ampliar visões e por proporcionar aos sujeitos o entendimento claro e objetivo sobre a temática abordada.

6 - REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF, 1988.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida, **Poder de Polícia: Discrecionalidade e limites** Disponível no endereço eletrônico <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8930> Acessado dia 01 de Junho de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004
ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2000. p. 266.

HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva 2011.

MEIRELLES, Hely L. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros. 32ª edição. São Paulo, 2006. p. 103.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal e suas classificações. Jus Navigandi.. Disponível no endereço eletrônico : <http://jus.com.br/> Acessado em: 04nov. 2012 13:40:30

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OEA, Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica, San José da Costa Rica, 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2012.

ONU. (1948) Declaração Universal de Direitos Humanos.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. 4v

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

