

Marques de Azevedo: Muito além da fundada suspeita

01/08/2022

Tema relevante, a busca pessoal está no centro do debate público, mais ainda depois da recente decisão da 6ª Turma do STJ (*RHC 158.580*), que considerou ilegal a busca pessoal baseada na impressão subjetiva do policial quanto à atitude suspeita do abordado.



A discussão: o que caracteriza a fundada suspeita,

válida para autorizar a realização da busca pessoal?

Diz um provérbio árabe que "*quem responde com pressa, raramente acerta*". E a pressa — aqui — tem atropelado conceitos básicos, que, deixados para trás, nos levam a uma realidade de insegurança.

É preciso voltar um degrau, recuperar conceitos iniciais e só então, sob solo firme, discutir sobre os limites da busca pessoal.

Conceitos fundamentais

Abordagem policial é a intervenção policial que limita, momentânea e superficialmente, o direito de ir e vir da pessoa, e tem por objetivo uma verificação de interesse policial. Pode ou não acompanhar busca pessoal.

Qualquer pessoa — inclusive as que detém prerrogativa de foro — pode ser abordada pela Polícia; todas, sem exceção, devem se submeter à ordem de parada policial.

O não atendimento à ordem policial caracteriza o crime de *desobediência* [1]. Se no contexto exclusivo de fiscalização de trânsito, há infração administrativa, sendo atípica a conduta.

Busca Pessoal é o procedimento de vistoria do corpo da pessoa, que pode alcançar sua esfera de domínio e responsabilidade (malas, mochilas, pastas, bolsos, veículo), podendo ser classificada:

Quanto à Forma:

— *Busca Pessoal Direta*: realizada por meio da vistoria física do corpo do abordado e diretamente pelo policial, que utilizará as mãos para vistoriar bolsos, vestes, o corpo da pessoa abordada e seus pertences; *ato exclusivo da Polícia*, pois pressupõe a abordagem e o exercício de autoridade sobre a pessoa, que não tem escolha: deve se submeter à busca;

— *Busca Pessoal Indireta*: usa instrumentos para vistoriar o corpo da pessoa e sua esfera de domínio; não há contato direto com corpoda pessoa. Independe de abordagem, como ocorre com os detectores de metais nos aeroportos. Inclui os *scanners* corporais e os detectores de metais;

Por não exigir exercício de autoridade pública, a busca indireta pode ser praticada na esfera privada, como acontece nos bancos e eventos;

O traço marcante da busca indireta é que *pode* ser recusada pela pessoa alvo; por isso mesmo, em regra, é utilizada como condição de ingresso em certos ambientes.

Quanto à Finalidade:

a) *Busca Pessoal Investigativa/Probatória*: disciplinada no Código de Processo Penal, no título “DA PROVA”, subdivide-se, conforme o art. 244 CPP, em:

a.1) *decorrente da prisão*;

a.3) *decorrente de fundada suspeita*;

a.3) *decorrente de busca domiciliar*;

A busca investigativa é a modalidade mais conhecida de busca pessoal. É instrumento policial voltado à produção de provas, elementos informativos e ligada à finalidade da persecução penal que é responsabilizar o autor do crime.

Abrange também a hipótese em que a polícia busca prender o autor de crime em flagrante de delito.

b) *Busca pessoal preventiva*: decorre da própria CF, é instrumento de preservação da ordem pública. Integra o conjunto de recursos da atividade de polícia administrativa, que visa não só evitar crimes, mas todo ilícito, incluindo civis e administrativos.

A busca preventiva é regulada por princípios constitucionais e administrativos. Seu alicerce fundamental é a supremacia do interesse público.

Nada mais é, então, do que a materialização do exercício do poder de polícia na esfera da segurança pública.

Trata-se de ferramenta da polícia de ordem pública, e não visa produzir prova, por mais que isso possa — *acidentalmente* — acontecer.

Entendendo melhor a busca pessoal preventiva

A busca pessoal preventiva *não* exige, como condição de realização, a *fundada suspeita*. Há uma incompatibilidade lógica. Explico.

Na investigação policial a atuação da Polícia é *retrospectiva*; busca-se, no presente, provar um evento passado; esclarecer autoria e materialidade.

Imagine que houve um homicídio, com arma de fogo.

Ainda nas proximidades local a Polícia avista um indivíduo com características iguais à descrição do autor do crime; e ele transita com um volume na cintura;

Não há dúvidas de que há fundada suspeita de que seja o autor do homicídio recém consumado.

Nos termos do artigo 244 CPP, está aí a autorização para abordagem dessa pessoa em específico, pois há fundada suspeita de que "*esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*".

Não apenas pela obviedade do CPP disciplinar a atividade investigativa/processual, mas pela clareza da lei quando diz *constituam corpo de delito*, não há dúvida de que esse artigo *NÃO* se refere à atividade policial preventiva.

Simplificando: exigir fundada suspeita na busca preventiva faria com que a Polícia preventiva tivesse que esperar a ocorrência de um ilícito para que, suspeitando *objetivamente* dessa prática, pudesse realizar busca pessoal para encontrar aquilo que *já constitui corpo de delito* (logo uma infração penal).

Evidente a incompatibilidade lógica, pois a atividade preventiva pressupõe a *antecipação*, para impedir que o ilícito se concretize;

Diferente da polícia investigativa, de olhar retrospectivo, a *polícia preventiva* tem olhar *prognóstico*; olha para o futuro; por isso se dedica a uma atividade dissuasória, que visa desestimular a prática de ilícitos.

Atualmente está nas mídias da capital paulista que falsos entregadores de alimentos, provocaram uma onda de crimes graves na cidade.

Usam essa estratégia para diminuir a vigilância das vítimas e driblar a ação da polícia.

Diante desse cenário, à polícia investigativa caberá se voltar *aos casos já ocorridos*; identificar os autores e iniciar a persecução penal, preparando terreno para responsabilização criminal dos autores dos crimes já consumados.

Essa atuação — investigativa — será norteadada pela *fundada suspeita; fundadas razões; indícios veementes*; e outros conceitos que traduzem o *fumus comissi delicti*, ou seja, autoria e materialidade do crime.

Já à polícia preventiva caberá *olhar para frente* e adotar postura que desestime, iniba e previna a ocorrência de novos roubos.

Caberá a ela realizar buscas preventivas, as quais os entregadores serão, *aleatoriamente*, submetidos. Com isso espera-se que o ladrão que pensava em roubar se valendo desse ardil, desista, dada a enorme chance de ser pego.

Não há finalidade probatória ou investigativa. O que se quer, é dissuadir.

A 6ª Turma do STJ (*RHC 158.580*) sugeriu que 99% das buscas pessoais feitas pela Polícia não resultam em apreensão de material ilícito. E nem poderia ser diferente, já que o objetivo da busca preventiva não é "*encontrar ilícito*", e sim, dissuadir a prática de ilícito.

Agora, seria razoável que a Polícia preventiva esperasse o criminoso sair armado, e somente abordasse aquele que foi incapaz de bem esconder a arma na cintura, deixando um volume à mostra, gerando, assim, a tal fundada suspeita objetiva?

Claro que não! Ou então acabemos com a prevenção policial.

No caso paulista, mostrando, como poucos, compreender bem o tema, foi exatamente essa a providência adotada pelo Comandante Geral da PM, e ao que tudo indica vem dando bons resultados [2].

É claro que acidentalmente poderá haver produção de prova. Mas esse encontro acidental de elementos probatórios (*serendipidade*) é pacificamente aceito pelos tribunais.

Mas porque a busca pessoal investigativa exige fundada suspeita e a preventiva não? Além da incompatibilidade lógica já citada, há uma questão de fundo que é importante.

Na busca investigativa o objetivo da Polícia é relacionar a pessoa alvo a um crime ocorrido. Ao fim o que se 'busca' é atribuir à pessoa a responsabilidade penal por um fato já ocorrido.

Há verdadeira ameaça ao *status libertatis* do indivíduo que pode ser relacionado a um fato penal com o qual não possui nenhuma ligação.

A fundada suspeita é pressuposto e valida a diligência investigativa, pois deita os efeitos da *justa causa* para investigação também sobre *busca pessoal*.

A fundada suspeita, portanto, funciona como garantia de que a pessoa não será, aleatoriamente, relacionado à prática de uma infração penal investigada, sem possuir relação com o fato.

Já a busca preventiva visa manter a ordem pública, evitar ilícitos, dar efetividade às leis.

Mas então, quais os limites da busca pessoal preventiva?

Dizer que a busca pessoal preventiva não está condicionada à fundada suspeita não quer dizer que não possua limites.

Como ato administrativo que é, está submetida aos requisitos competência, forma, motivo, finalidade.

Competência: a busca pessoal preventiva só pode ser realizada por órgãos policiais com atribuição de polícia administrativa:

— *Polícia Federal:* a par de sua função de polícia judiciária, possui funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira; logo a busca pessoal preventiva pode ser realizada pela Polícia Federal no exercício de suas atividades de polícia de ordem pública. Quando no exercício de

atividade investigativa, a busca pessoal deve seguir o rito do CPP, exigindo-se fundada suspeita.

— *Polícia Rodoviária Federal*: como polícia administrativa especializada na atuação em rodovias federais, pode realizar busca pessoal preventiva.

— *Polícia Ferroviária Federal*: pode realizar busca pessoal preventiva; A CF limita sua atuação às ferrovias federais. Apesar da previsão da CF/88 este órgão policial até hoje não foi criado;

— *Polícias Cíveis*: como polícia investigativa, não pode realizar busca pessoal preventiva; isso não impede, é claro, que a Polícia Civil atue diante de situações de flagrante; todavia sua atuação é adstrita à investigação policial; é órgão policial especializado na investigação;

— *Polícias Militares*: a busca preventiva é seu instrumento mais usual na atividade de preservação da ordem pública. Possui espectro de atuação residual; isso significa que a Polícia Militar pode realizar busca pessoal preventiva inclusive em rodovias e ferrovias federais;

— *Polícia Penal*: criada por Emenda Constitucional em 2019, tem como função a segurança dos estabelecimentos penais; Entendemos que não compete às polícias penais realizar buscas pessoais preventivas, *exceto* se relacionadas à segurança dos estabelecimentos penais.

É perfeitamente possível a realização de busca preventiva pela Polícia penal no entorno imediato dos presídios, nas movimentações de presos, e no interior dos presídios;

g) Guardas Municipais: em que pesem serem órgãos de segurança pública, não são órgãos policiais. São em verdade guardas patrimoniais dos municípios, destinadas à proteção de bens, serviços e instalações. No âmbito da realização dessa atividade é perfeitamente possível a realização de buscas pessoais preventivas pela GCM. Fora desse contexto, entendemos haver abuso de poder, na modalidade excesso de poder.

Forma: não há prescrição legal da forma de realização da busca pessoal preventiva; o regramento deve seguir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Mas um detalhe nos chama atenção. A exceção prevista no artigo 249 CPP para realização de busca investigativa em mulher, feita excepcionalmente por homem, *não se aplica à busca pessoal preventiva*.

Na busca investigativa, dada a fundada suspeita, o risco ao policial é maior, e como visa colher prova, o retardamento da busca investigativa pode prejudicar a efetividade da medida; logo, *excepcionalmente*, a lei processual autoriza a busca pessoal na mulher feita por policial homem (*trata-se de providência urgente/cautelar*);

Já na busca preventiva não!

Como se trata de medida preventiva que visa dissuadir a prática de ilícitos, desprovida de urgência e cautelaridade, a exceção do artigo 249 CPP *não se aplica à busca preventiva direta*, feita com as mãos sobre o corpo da mulher, por policial homem;

Imagine nos casos de furto em que mulheres vestindo saias longas escondem entre as pernas produtos subtraídos das lojas;

Se a polícia preventiva resolve realizar operação num grande centro comercial abordando mulheres que saiam das lojas com essa vestimenta, independentemente de fundada suspeita [3], deverá a própria polícia se organizar para que atue com agentes mulheres na realização da vistoria corporal direta das abordadas.

A razoabilidade impede que policial homem proceda a vistoria do corpo da mulher abordada na busca preventiva.

Será possível — no máximo — que o policial homem proceda a busca indireta (pedir para mulher colocar bolsos pra fora) ou de pertences da abordada (bolsa, mochila, veículo), sem que haja contato direto com o corpo da abordada.

Finalidade: é sempre o interesse público; se um policial realiza busca pessoal no atual cônjuge de sua ex-mulher, para constrangê-lo, resta inválida a busca pessoal, pelo desvio de finalidade, sem prejuízo de eventual crime de abuso de autoridade.

Motivo: a busca pessoal deve estar assentada nas razões de fato e direito que a justificam; não se trata de identificar no abordado um comportamento que dê margem a busca pessoal; O motivo da abordagem está relacionado às razões que impelem a atuação da polícia no caso concreto.

No exemplo dos roubos na capital paulista, o motivo que fundamenta a abordagem é o *fato* de que criminosos estão se passando por entregadores para praticar crimes graves, o que exige a intervenção policial;

O motivo está na situação que leva a polícia a atuar e não no comportamento específico da pessoa que será submetida à busca pessoal.

Mas em algum caso se exigirá da Polícia Administrativa fundada suspeita para abordar?

Sim. Toda instituição policial, mesmo que não conduza investigação criminal, pratica a busca pessoal investigativa quando atua no contexto da *repressão imediata* (reestabelecimento da ordem pública logo após a prática de um crime).

Assim é perfeitamente possível que a PM ou a PRF, por exemplo, realizem busca pessoal investigativa quando, logo após a prática de um roubo, policiais abordam indivíduo com vestes e traços físicos descritos pela vítima como sendo o autor do crime.

Nessa hipótese, será fundamental que os policiais atuem diante da *fundada suspeita*, motivando as razões da abordagem no contexto da busca pelo autor do crime, nos exatos termos do que decidiu o STJ: de forma objetiva.

[1] STJ/2022. TEMA 1060

[2] O Coronel PM Ronaldo Miguel Vieira, Comandante Geral da PMESP, determinou a realização de buscas preventivas após a ‘onda’ de roubos por falsos entregadores. Disponível



em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/05/03/pm-de-sp-vai-parar-todos-os-motociclistas-diz-novo-comandante-geral.ghtml>

[3] Abordagens desta espécie são denominadas "abordagem por amostragem"; visam demonstrar que "não compensa praticar" o ilícito dado o risco de ser pego pela Polícia (*Fator de Dissuasão*);

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-ago-01/marques-azevedo-alem-fundada-suspeita/>