

STOP AND FRISK E GUARDA MUNICIPAL. UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.977.119

STOP AND FRISK AND MUNICIPAL GUARD. AN ANALYSIS OF SPECIAL APPEAL N. 1,977,119

ANDRÉ NICOLITT

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2003. Professor do PPGD – Faculdade Guanambi – BA e Pesquisador bolsista do Instituto Ânima. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Ibccrim. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Membro Emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Criminal de São Gonçalo – RJ.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5066963398936027>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3857-3838>].
anicolitt@gmail.com

DANIEL BRAGA LOURENÇO

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). Professor Adjunto de Biomedicina e de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor Titular de Direito Ambiental do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UniFG – BA e Pesquisador bolsista do Instituto Ânima. Coordenador do Centro de Ética Ambiental da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e do Antilaboratório de Direito Animal da UniFG/BA.
Fellow do Oxford Center for Animal Ethics.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5869787995233483>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-0807-439X>].
daniel@lourengo.adv.br

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v193i193.329>].

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto o tema da busca pessoal, seus requisitos objetivos e subjetivos, destacadamente, nos aspectos da busca no âmbito do policiamento preventivo (ostensivo) e na atividade investigatória. Constata-se

ABSTRACT: The present work has as its object the theme of police powers related to personal search, its objective and subjective requirements, especially in the aspects of the search in the scope of preventive (ostensible) policing and in the

que a jurisprudência brasileira apresenta poucos julgados que cuidam da matéria e em sua maioria, não há profusão e sistematização no trato da matéria. O Recurso Especial 1.977.119 trouxe importante contribuição relativamente aos requisitos subjetivos da busca pessoal, dando pistas sobre a importância também de se aprofundar nos requisitos objetivos que autorizam a matéria, indicando necessidade de desenvolvimento legislativo e doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Busca pessoal (*stop and frisk*) – Atividade investigatória – Guarda Municipal – Recurso Especial 1.977.119.

investigative activity. It appears that the Brazilian jurisprudence has few judgments that deal with the matter and for the most part, there is no profusion and systematization in dealing with the matter. Special Appeal n. 1,977,119 brought an important contribution regarding the subjective requirements of the personal search, giving clues about the importance of also delving into the objective requirements that authorize the matter, indicating the need for legislative and doctrinal development.

KEYWORDS: Personal search (*stop and frisk*) – Investigative activity – Municipal guard – Special Appeal n. 1,977,119.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Busca pessoal: aspectos conceituais e requisitos objetivos. 3. Busca pessoal: notas sobre os requisitos subjetivos. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A atual regência no Código de Processo Penal Brasileiro sobre busca pessoal diz respeito a um “meio de obtenção de prova”, que, portanto, deve acontecer no curso de uma investigação ou instrução criminal, via de regra, dependendo de mandado judicial, excepcionalmente dispensado (art. 240 e seguintes do CPP).

No entanto, as recorrentes práticas de abordagens policiais ocorrem como instrumento de policiamento ostensivo, realizadas, deste modo, sem mandado e fora do contexto de uma investigação, sem regência na legislação em vigor, relativamente ao processo penal, muitas delas se traduzindo em prisões em flagrante.

Assim, em pleno século XXI, pode-se dizer que as abordagens policiais são realizadas no Brasil, sem um marco normativo.

No âmbito da jurisprudência encontramos um acórdão do Supremo Tribunal Federal (HC 81.305/GO)¹ que se porta como paradigma. Por sua vez, no

-
1. **HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. [...].** A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem

NICOLITTI, André; LOURENÇO, Daniel Braga. *Stop and Frisk* e Guarda Municipal. Uma análise do Recurso Especial n. 1.977.119. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 193. ano 30. p. 433-446. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v193i193.329].

Superior Tribunal de Justiça verificamos menos de uma dezena de julgados, todos sem grande aprofundamento sobre o tema.

No entanto, sem verticalizar muito o tratamento sobre o *stop and frisk*, mas trazendo significativa luz à questão, surge no Superior Tribunal de Justiça um acórdão importante que resvala na questão das abordagens policiais. Trata-se do Recurso Especial 1.977.119, julgado pela 6ª Turma, em 16.08.2022, cujo relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz, tendo ficado assentada a seguinte ementa:

“Recurso especial. Tráfico de drogas. Atuação das guardas municipais. Busca pessoal. Ausência de relação clara, direta e imediata com a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Impossibilidade. Prova ilícita. Violação dos arts. 157 e 244 do CPP. Recurso provido”.

Os fatos que deram ensejo aos autos resumem-se no seguinte. Guardas municipais estavam em patrulhamento e se depararam com alguém sentado na calçada, o qual, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Os agentes municipais desconfiaram de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito².

O episódio descrito nos provoca duas indagações: (i) Quais são as circunstâncias que autorizam agentes do Estado a realizarem *stop and frisk* (abordagem e revista)? (ii) Qualquer agente/pessoa pode fazer abordagens dessa natureza?

O acórdão em comento tratou especificamente da segunda questão. Mas também nos dá pistas e estimula para desvelar as dificuldades e o necessário enquadramento relativo à primeira questão apresentada.

2. BUSCA PESSOAL: ASPECTOS CONCEITUAIS E REQUISITOS OBJETIVOS

Devemos confessar que nem mesmo o debate na jurisprudência das Cortes americanas, que se arrasta desde meados do século XIX, foi capaz de dar os contornos e objetividades ao tema e a devida proteção aos direitos civis. O cenário

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 trabalhava, 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.

2. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Resp 1.977.119/SP. Relator: Rogério Schietti Cruz. Recorrente: Douglas dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em 16 de agosto de 2022.

NICOLITTI, André; LOURENÇO, Daniel Braga. *Stop and Frisk* e Guarda Municipal. Uma análise do Recurso Especial n. 1.977.119. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 193. ano 30. p. 433-446. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v193i193.329].

brasileiro afigura-se bem pior, vez que a jurisprudência, a legislação e a própria doutrina dedicam pouca atenção ao assunto. No entanto, o tema das abordagens é de grande incidência prática e cotidiana (ANTONIALLI, 2019).

É de se indagar porque um tema de tamanha incidência prática e cotidiana, em um campo tão sensível e que promove tanta violência e injustiça é tão negligenciado pela doutrina, legislação e jurisprudência? A resposta é simples. É coisa para preto. O que queremos dizer é que a *stop and frisk*, não só no Brasil, é algo esmagadoramente voltado para a população negra e periférica.

Como se sabe, os critérios utilizados para as abordagens policiais possuem acentuado subjetivismo, o que conduz as instituições policiais a agirem baseadas em estereótipos consagrados pela sociedade, eivados de preconceitos raciais, sociais e econômicos (VIDAL, 2021).

No caso do Brasil, a expressão legal “fundada suspeita” promove arbitrariedades, porque é expressão extremamente genérica, capaz de, em um primeiro momento, parecer legitimar qualquer tipo de abordagem, em qualquer situação (POLLO, 2000).

Acentual Bicalho, sob o olhar da psicologia, que a abordagem policial é sempre um potente desentendimento. Uma área de vulnerabilidade entre policiais e população (BICALHO, 2005).

A legislação brasileira não se dedica muito à questão. No CPP, por exemplo, encontramos dois dispositivos que cuidam especificamente da busca pessoal (arts. 244 e 249), que é, para alguns, uma intervenção corporal considerada pequena ou leve (NICOLIT, 2020, p. 879). Para outros, sequer pode ser enquadrada como intervenção corporal (DÍAZ, 1996), com o que concordamos.

Como dito, nosso Código de Processo Penal, que acaba de completar 80 anos, dedica ao tema alguns poucos artigos que ora se transcreve:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Voltando ao debate americano, a doutrina (WANDERLEY, 2017) aponta que no caso *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 14-15 (1968), há três pontos centrais que iluminam a compreensão do problema. Em primeiro lugar, é a inédita constatação de que a retenção (*stop*) do indivíduo na rua, mediante coação física ou ordem (explícita ou implícita) de parada, configura uma “detenção” (*seizure*). O segundo ponto, é a definição de que uma exploração superficial das vestes exteriores do indivíduo (*frisk*) configura uma “busca” (*search*). Por fim, independentemente do rótulo ou denominação que se dê a tais atos, a eles se aplicam a Quarta Emenda, ou seja, o direito fundamental da pessoa não ser submetida a busca e apreensões desarrazoadas.

Ainda sobre a jurisprudência americana (*Sibron v. New York*, 392 U.S. 65 – 1968), a polícia não está autorizada a reter e revistar toda pessoa que vê na rua. Para que a polícia coloque a mão em um cidadão em busca de algo, deve ter fundamentos razoáveis e constitucionalmente adequados para fazê-lo. Na hipótese de busca autoprotetiva por armas, o policial deve ser capaz de indicar fatos particulares a partir dos quais ele inferiu – razoavelmente – que o indivíduo estava armado e era perigoso.

A Corte de Apelação de Nova York (*People v. DeBour* 40 N.Y.) diferencia os encontros entre policiais e cidadãos no espaço público classificando-os como voluntários e coercitivos.

Os encontros voluntários são desprovidos de qualquer propósito investigativo contra o indivíduo abordado (um não-suspeito). Já nos encontros coercitivos, trata-se de uma retenção investigativa (*stop*) com base em uma suspeita razoável e individualizada de que ele praticou, está praticando ou está prestes a praticar um delito, podendo ser mais invasivo, nas hipóteses de prisão em flagrante.

O caso *People v. DeBour* 40 N.Y. sistematiza bem a questão dos níveis de “encontros” entre a polícia e o cidadão, destacadamente a aproximação para mero

pedido de informações (*request for information*). A Corte de Nova York construiu o seguinte entendimento:

“um encontro de nível 1, então, independentemente do quão calmo e respeitoso é o tom das indagações feitas, o policial não pode causar no indivíduo a inferência razoável de que ele é suspeito da prática de um crime. Além disso, o encontro de nível 1 é caracterizado pelo fato de que, em todos os momentos, a pessoa sente-se livre para ir embora, razão pela qual o policial, para que este não se torne uma retenção, não pode criar uma situação (seja por palavras, seja por ações) em que a pessoa não se sente livre para ir embora. Nesse nível, então, perguntas acusatórias (*accusatory questions*) não são realizadas e não pode o policial solicitar para realizar uma busca (*search*) consentida, o que o descaracterizaria. Mesmo que o indivíduo consinta com a revista, os objetos apreendidos serão ilícitos por derivação (*fruits of poisonous tree*)” (WANDERLEY, 2017, p. 213)

Outra definição importante decorre do caso *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 14-15 (1968), pois para a Corte situação de detenção ocorre sempre que um agente policial, por meio de força física ou demonstração de autoridade, restringe, de alguma maneira, a liberdade de um cidadão.

Nos EUA o uso arbitrário e discriminatório da *stop and frisk* figura entre as reclamações mais persistentes dos cidadãos no que toca à atividade policial, designadamente as pessoas que residem em áreas periféricas. Com efeito, desde 1968, após o julgamento do caso *Terry*, o perfilhamento racial tem sido comumente associado a *stop and frisk*, motivada pela raça e, por vezes, justificada por uma vaga suspeita de que a pessoa esteja tendo um comportamento delitivo (WANDERLEY, 2017).

As abordagens não podem ter uma justificativa retórica do tipo “entrou e saiu muito rápido da loja sem comprar nada”; “vestia uma roupa que permitia guardar um volume”. As justificativas devem ser faticamente demonstráveis e, por óbvio, quando não são comprovadas pela dinâmica dos fatos, ocorre a ilicitude das provas delas provenientes.

A toda evidência o Brasil reclama uma mudança legislativa como um dos instrumentos de contenção desse cenário. Uma legislação que pretenda dar conta de graves problemas da justiça criminal não pode deixar de trazer regras claras de exclusão de provas, como ocorre no debate americano, bem como não pode deixar de estabelecer situações bem delineadas que autorizem as abordagens policiais, seja na linha investigatória, seja na prevenção.

O fato é que na experiência jurídica brasileira, repita-se, não há distinção clara sobre a busca pessoal no âmbito da investigação e a busca pessoal no domínio da

prevenção (policiamento ostensivo), sendo certo que os limites objetivos dessas atividades diversas são igualmente diversos.

Na tradição americana, o que se tem construído é que a busca pessoal deve ser precedida de mandado e o mandado só pode ser expedido quando fundado em causa provável. Entende a Suprema Corte que, “ausente alguma emergência grave, a Quarta Emenda interpõe um magistrado entre os cidadãos e os policiais” (WANDERLEY, 2017, p. 183).

Não obstante, para a Corte, há casos excepcionais em que a prévia obtenção de mandado é dispensável, como nas situações de urgência: o mandado é dispensável se a intervenção policial é exigida sob circunstâncias prementes (*exigent circumstances*), nas quais a espera do mandado frustraria a medida³. Todavia, as buscas urgentes feitas sem mandado, exigem que o policial esteja convencido da configuração de causa provável.

Outra exceção à exigência do mandado é a *plain view exception* (exceção da visão aberta): se provas de um crime estiverem imediatamente visíveis aos policiais, a sua apreensão não exige prévio mandado⁴, o que equivale a nossa situação de flagrante.

A partir do caso *Terry v. Ohio*⁵, a Suprema Corte passa a delinear bem a ideia de *stop and frisk*. *Stop* visto como detenção, ou seja, uma abordagem policial coercitiva, por meio da qual a liberdade ambulatorial é restringida temporariamente para fins de investigação no próprio local e *frisk* entendido como revista que consiste na inspeção das vestes de um indivíduo com o estrito objetivo de encontrar armas com as quais a integridade física do policial ou de terceiros pudesse ser vulnerada (WANDERLEY, 2017).

No Brasil a doutrina afirma que o art. 244 do CPP autoriza a busca pessoal independentemente de mandado quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Nessa linha, a referida suspeita é “qualificada”. Os requisitos de validade da busca pessoal sem mandado seriam os elementares: a) suspeita; b) fundada; c) de posse de arma ou objetos. Ou seja, não é a possibilidade de busca em relação à mera atitude suspeita. Relaciona-se a um crime pretérito ou atual e não a uma atividade geral de prevenção (ANTONIALI, 2019).

3. *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 393-394 (1978) (tradução livre). *McDonald v. United States*, 335 US 451 (1948); *Johnson v. United States*, 333 US 10 (1948).

4. *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321 (1987).

5. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 30-31 (1968).

Considerando o baixo nível de invasividade estabeleceu-se que a *stop* e a *frisk* – não raro praticadas de modo consecutivo em um mesmo contexto, por essa razão a expressão “*stop and frisk*”, não exigem mandado e não se condicionam à existência de causa provável, mas sim à existência de suspeita razoável de prática criminosa pelo sujeito (no caso da *stop*) e de suspeita razoável de posse de armas pelo indivíduo (no caso da *frisk*), com base no parâmetro geral de razoabilidade constante da Quarta Emenda (ANTONIALI, 2019).

Gisele Aguiar Wanderley com propriedade traduz as lições de Craig Hemmens e Rolando del Carmen:

“Em uma oportunidade, contudo, a Corte afirmou que ‘suspeita razoável é um parâmetro menos rigoroso que a causa provável não só no sentido de que a suspeita razoável pode ser estabelecida com informação que é diferente em quantidade ou incontestabilidade do que aquela requerida para estabelecer causa provável, mas também no sentido de que a suspeita razoável pode advir de informações que sejam menos confiáveis do que aquelas requeridas para demonstrar causa provável (Alabama v. White, 496 U.S. 325 [1990]). A despeito desse parâmetro menos rigoroso, a suspeita razoável deve estar fundada em fatos específicos e objetivos e em conclusões lógicas embasadas na experiência do policial. Ela não pode ser baseada na mera intuição (que possui 0 por cento de certeza) ou suspeita (que pode ter 10 por cento de certeza). A suspeita razoável está inserida entre a suspeita e a causa provável na hierarquia de certeza exigida para a polícia atuar legalmente”. (HEMMENS; CARMEN, 2010, p. 66, tradução livre).

Ainda que haja certa oscilação na tradição americana entre exigir para a *stop and frisk* requisitos mais ou menos rígidos, como causa provável ou suspeita razoável, é indiscutível que elementos objetivos, concretos, são indispensáveis para que a abordagem e a revista sejam lícitas. O policial deve apresentar elementos objetivos que configurem suspeita razoável de que uma atividade criminosa está em andamento⁶. Considera-se ilícita a busca calcada em mera intuição (hipótese em que se manifestam as convicções íntimas da autoridade policial, cedendo espaço a crenças discriminatórias vedadas pela Constituição⁷).

Outro aspecto interessante que se discute na jurisprudência americana consiste na diferença entre atuação investigatória e atuação protetiva. No caso *Ybarra v. Illinois* (1979), pode se ver que a *frisk* tem finalidade protetiva e não

6. Caso *Carroll v. United States* (1925).

7. *United States v. Di Re* (1948).

investigativa e depende da suspeita individualizada do porte de armas. Diversamente, uma busca investigativa (*search*) só pode ser realizada nas pessoas contra as quais há suspeita de cometimento de crime. Afirma-se também que a *suspeita razoável* é suficiente para realizar uma revista de finalidade protetiva (*frisk*), mas uma busca com escopo investigativo sempre exige requisitos mais rígidos como a *causa provável*⁸.

Note-se que na jurisprudência brasileira, tais angústias e reflexões não são observadas. Todavia, o Resp. 1.977.119 em comento abre fendas que estimulam trilhar por esse caminho. Apontada a discussão sobre o requisito objetivo para a abordagem e revista, o julgado provoca uma reflexão sobre os requisitos subjetivos para a abordagem. Pode a Guarda Municipal efetuar *stop and frisk*?

3. BUSCA PESSOAL: NOTAS SOBRE OS REQUISITOS SUBJETIVOS

O acórdão inicia fazendo o correto enquadramento do papel das guardas municipais na estrutura constitucional afirmar que a Constituição Federal de 1988 não atribui a elas ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “polícias municipais”. As funções das guardas municipais são de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. Registra a decisão que a exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte na medida que – apesar das investidas em contrário – não foi incluído no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal⁹.

Sem olvidar a relevância das guardas municipais, aponta o julgado que, diversamente das polícias que compõem o sistema de segurança pública (civil, militar, federal etc.), as guardas municipais não estão submetidas ao controle externo do Ministério Público.

No acórdão encontramos, ainda, uma análise da realidade nacional no tocante às guardas municipais. Nele afirma-se que não é preciso grande criatividade para imaginar – em um país marcado por mazelas estruturais e culturais – o quadro caótico que decorreria de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tivesse sua própria polícia, subordinada tão somente ao comando do

8. *Arizona v. Hicks* 480 U.S. 321 (1987).

9. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Resp 1.977.119/SP. Relator: Rogério Schietti Cruz. Recorrente: Douglas dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em 16 de agosto de 2022.

NICOLITTI, André; LOURENÇO, Daniel Braga. *Stop and Frisk* e Guarda Municipal. Uma análise do Recurso Especial n. 1.977.119. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 193. ano 30. p. 433-446. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v193i193.329>.

prefeito local e imune a qualquer controle externo. Reforça que mesmo entre as polícias civil e militar submetidas ao controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por abusos na atividade policial. Desse modo, é fácil identificar o gigantesco aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.

Na decisão em exame, aponta-se brevemente a “fundada suspeita” como requisito para a busca pessoal, mas acrescenta um requisito subjetivo. Segundo o acórdão, “a adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal”. Isto porque não é a qualquer cidadão que tem a possibilidade de avaliar a presença da fundada suspeita. Não é a todo indivíduo que cabe definir se em dada situação concreta a suspeita era fundada ou não e, por consequência, realizar a abordagem seguida de revista, *stop and frisk*. “Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto” e que tem atribuição para avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito¹⁰.

A decisão teve o cuidado ainda de distinguir a situação de flagrante e do flagrante que ocorre após a *stop and frisk* (abordagem e revista). Uma coisa é estar em flagrante delito (percepção sensorial de um fato típico), outra distinta é ter uma fundada suspeita, realizar uma abordagem e revista e se chegar a uma situação de flagrante. Transcreve-se:

“Ao dispor no art. 301 do CPP que “qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes”¹¹.

10. Idem.

11. Idem.

Na hipótese fática subjacente ao julgamento do Recurso Especial ora em comentário, como dito anteriormente, os guardas municipais estavam em patrulhamento e viram o indivíduo sentado na calçada e que este, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Desconfiados, os agentes municipais decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no saco plástico certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante.

O acórdão deixa claro que ainda que eventualmente se considerasse a dinâmica uma “causa provável”, ou seja, a sacola ocultada pelo sujeito provavelmente conteria objetos ilícitos, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da “fundada suspeita”, portanto, não autorizados a efetuar a busca pessoal no indivíduo.

Para a Sexta Turma do STF, não é das guardas municipais, e sim das polícias, como regra, a atribuição para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em suspeitos. Tampouco podem as guardas municipais investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos “cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais”.

Assentou, por fim, a Corte, que a guarda municipal poderá realizar busca pessoal em “situações absolutamente excepcionais – e por isso interpretadas restritivamente – nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação”. A busca pela guarda municipal só pode, para a Sexta Turma do STJ ser realizada quando se tratar de instrumento indispensável para a proteção dos bens, serviços e instalações municipais. Em outros termos, só é possível que as guardas municipais de modo absolutamente excepcional, realizem a busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), “relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais”. Esta possibilidade excepcional “não se confunde com permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária”.

No voto do Relator encontra-se, ainda, informações relevantes sobre os riscos de formação de milícias locais, desvirtuamento das funções da guarda municipal com usurpação das funções de polícia civil e militar e a disseminação de guardas municipais equipadas com armamento pesado como fuzis. Tudo isso demonstra o qual é sensível ao Estado Democrático de Direito o caso enfrentado pelo acórdão.

O relator não ignorou de igual modo a possibilidade, em algumas situações específicas, de buscas pessoais preventivas serem realizadas por agentes de

segurança privada, em hipóteses despidas dos requisitos previstos no art. 244 do CPP, ou seja, mesmo quando não há fundada suspeita da posse de corpo de delito. Contudo, essas medidas, não têm natureza processual penal e são de caráter contratual, afiguram-se como meras condições exigidas para valer-se de determinado serviço ou ingressar em determinado estabelecimento. É o que ocorre, por exemplo, com as revistas realizadas na entrada de bancos, estádios, casas de espetáculos, shows etc. Diante da natureza contratual da relação, quem quiser ingressar no ambiente deve se sujeitar às regras de segurança impostas pelos organizadores, entre elas, a revista prévia, que, nesse contexto específico, pode ser realizada por segurança particular.

Pensamos, inclusive, que mesmo raciocínio pode ser aplicável a eventos organizados pelo poder público no qual a segurança do ambiente ou espetáculo é feita pela guarda municipal.

Nos casos anteriormente referidos a submissão à revista é consentida. Caso não haja consentimento, o indivíduo não ingressa. Não há obrigatoriedade em ser revistado, trata-se de condição para participar de evento. De longa data a jurisprudência americana¹², por exemplo, afirma que o consentimento para as buscas, sejam domiciliares ou pessoais, é caso de dispensa de mandado. Todavia, o consentimento deve ser livre, voluntário e demonstrável.

No Brasil, também a Sexta Turma deu importante contorno sobre a necessidade de consentimento para as buscas, ao julgar a licitude de busca domiciliar. No julgado (HC 598051) a Corte Superior exigiu o registro audiovisual da diligência como condição de validade para a busca domiciliar sem mandado fundada no “consentimento do morador”, sob pena de se reconhecer a ilicitude da prova¹³.

Na contenção dessas abordagens abusivas e, não raro, violentas, as gravações ambientais, filmagens de modo geral, tem servido para evitar injustiças e até mesmo para investigação de abusos. Todavia, as filmagens das abordagens não podem ser responsabilidade dos cidadãos, mas devem ser uma imposição legal, sob pena de serem ilícitas prisões e provas decorrentes de abordagens que não observem

12. *Schneckloth v. Bustamonte* 412 U.S. 218 (1973); *Georgia v. Randolph* 547 U.S. 103 (2006)

13. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ingresso no domicílio. Exigência de justa causa (fundada suspeita). Consentimento do morador. Requisitos de validade. Ônus estatal de comprovar a voluntariedade do consentimento. Necessidade de documentação e registro audiovisual da diligência. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova nula. Absolvção. Ordem concedida.

esse meio de registro. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 598051) caminhou bem.

Note-se a Corte Superior recomenda que as corporações policiais passem a equipar seus agentes com câmeras de áudio-vídeo acopladas ao seu uniforme ou capacete, não apenas para a salvaguarda de direitos dos cidadãos, mas igualmente para a própria proteção do policial, cuja atuação, será registrada por filmagem, o protegendo contra injustas acusações à sua conduta funcional.

Lamentavelmente, o STF em decisão monocrática do Min. Alexandre de Moraes, anulou parcialmente o julgado do STJ, por entender que não cabe ao judiciário determinar a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública, designadamente o registro audiovisual das diligências.

Importante destacar que o julgado objeto de análise deste ensaio demonstra que o tema é oportuno e necessita maior amadurecimento no âmbito da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, ademais, é necessário notar que a aplicação das buscas pessoais no domínio do policiamento ostensivo é uma prática que do ponto de vista do custo-benefício deve ser reavaliada para que se diminua o entusiasmo que se tem em relação a esta política pública. Como adverte Melina Ingrid Risso em sua tese de doutorado, “não faz sentido continuar investindo tamanha energia se os ganhos para a sociedade não forem absolutamente inequívocos” (RISSO, 2018).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da busca pessoal, destacadamente nos aspectos da busca no âmbito do policiamento preventivo (ostensivo) e na atividade investigatória, demanda tratamento no campo legislativo e doutrinário de modo urgente.

A jurisprudência apresenta poucos julgados que cuidam da matéria e em sua maioria, não há profusão e sistematização no trato da matéria.

O Recurso Especial 1.977.119 trouxe importante contribuição relativamente aos requisitos subjetivos da busca pessoal, dando pistas sobre a importância também de se aprofundar nos requisitos objetivos que autorizam a busca pessoal.

É importantíssimo se traçar a distinção, alcance e finalidades da busca pessoal no domínio da investigação, as buscas no domínio da prevenção (policiamento ostensivo) e a busca protetiva. Ademais, mister se faz traçar contornos sobre os reflexos da busca pessoal no campo probatório, destacadamente sobre o tema da ilicitude de prova.

5. REFERÊNCIAS

- ANTONIALI, Dennys Marcelo *et. All.* Acesso de autoridade policial a celulares em abordagens e flagrantes: retrato e análise da jurisprudência de Tribunais Estaduais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 27, v. 154, abril 2019.
- BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. Subjetividade e abordagem policial: Por uma concepção de direitos humanos onde caibam mais humanos. Tese de Doutorado em Psicologia – UFRJ. Rio de Janeiro, UFRJ, 2005.
- DÍAZ Cabiale, J. A. Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre etc.). *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, XII, 1996. p. 79-80.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2020, p. 879.
- POLLO, Giovana. Busca e Apreensão Pessoal e Prova Ilícita. *Boletim IBCCrim*, ano 8, n. 92, julho de 2000.
- RISSO, Melina Ingrid. Da prevenção à incriminação: Os múltiplos sentidos da abordagem policial. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV. São Paulo 2018.
- VIDAL, Osvaldo Veloso. A busca por uma abordagem policial criteriosa na perspectiva garantista. Dissertação de Mestrado Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário FG – UniFG – Guanambi-BA, 2021.
- WANDERLEY, Gisela Aguiar. Liberdade e Suspeição no Estado de Direito: o Poder Policial de Abordar e Revistar e o Controle Judicial de Validade da Busca Pessoal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Busca pessoal v. *Stop and Frisk*: um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA, de Marllon Sousa – *RBCCrim* 151/317-343;
- Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 128/115-149; e
- Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 135/189-229.