

“Atitude suspeita”? Busca pessoal ou veicular: parâmetros de validade sob o prisma garantista.

“Suspicious behavior”? Personal and vehicular search: validity parameters in the light of guaranteeism.

Welton Favacho¹
Nestor Eduardo Araruna Santiago²
Rafael Gonçalves Mota³

Resumo: O objetivo deste artigo é identificar, à luz do garantismo, parâmetros probatórios e epistêmicos verificáveis para que buscas pessoais ou veiculares feitas por policiais sejam constitucionalmente válidas, tendo por hipótese a inconsistência da chamada “atitude suspeita”. A metodologia foi a investigação do tipo documental-bibliográfica, com abordagem qualitativa e descritiva. A importância teórica decorre de princípios, direitos e garantias fundamentais, e a prática fornece subsídios decisórios aos atores do sistema de Justiça Criminal. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu uma dimensão epistêmica do processo penal, inclusive sobre a prova, e não apenas a normativa, buscando aprimorar a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Garantismo. Busca pessoal. Busca veicular. Prova. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The objective of this article is to identify, in the light of guaranteeism, verifiable evidential and epistemic parameters for personal or vehicle searches by police officers to be constitutionally valid, taking as a hypothesis the inconsistency of the so-called “suspicious attitude”. The methodology was a documentary-bibliographical research, with a qualitative and descriptive approach. The theoretical importance stems from fundamental principles, rights and guarantees, and the practice is to provide decision-making subsidies to the actors of the Criminal Justice system. The conclusion is that the Federal Supreme Court (STF) has recognized an epistemic dimension of the criminal process, including evidence, and not just a normative one, seeking to improve the provision of justice.

Keywords: Garantism. Personal search. Vehicular search. Evidence. Federal Supreme Court. Guaranteeism.

INTRODUÇÃO

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Mestre Profissional em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (Uece). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Amapá (Unifap). E-mail: welton.favacho@hotmail.com, Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-9999-4229>.

² Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: nestorsantiago@unifor.br, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>.

³ Pós-Doutor em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército Brasileiro (ECEME). Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Brasil). E-mail: rafaelgmota@yahoo.com.br, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1188-9453>.

Luigi Ferrajoli⁴ retrata o garantismo penal como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais ou como um sistema de garantias idôneo a minimizar as violências na sociedade em óticas criminal, individual e institucional, o que remete à reflexão iluminista sobre os fundamentos, escopos e limites da “justiça punitiva”. Para tutelar os indivíduos, necessário regular, limitar e controlar o exercício desse poder⁵. Numa visão mais recente desse autor, é proposta como um sistema de limites, voltado para a garantia de funcionamento dos direitos plasmados nas Constituições, razão por que não trata apenas do Direito Penal, mas de todos os poderes estatais e políticos⁶. É indispensável que essa limitação ou controle pelo judiciário observe critérios lógicos e argumentativos para aferir a coerência da argumentação decisória. As regras da lógica (no sentido aristotélico) argumentativa encerram um caráter cogente, na medida que o descumprimento delas “importa em uma impossibilidade linguística demonstrável”⁷.

No tocante às provas destinadas a se admitir um fato narrado como tendo ocorrido na realidade, Luigi Ferrajoli aduz que justiça penal não arbitrária “deve ser em alguma medida 'com verdade', isto é, baseada sobre juízos penais predominantemente cognoscitivas (sobre os fatos) e recognoscitivas (de direito), sujeitos, como tais, à verificação empírica”⁸. Com efeito, para que se possa melhor decidir, devem-se observar *standards* probatórios ou modelos de constatação, entendidos como o grau ou nível de prova exigido num caso.

Nesse contexto, o presente artigo envolve a tese de julgamento fixada pelo STF no Habeas Corpus (HC) n. 208240/SP (Plenário, j. em 11 abr. 2024) e a decisão no Agravo Regimental (AgRg) no HC n. 224294/PR (DJe de 02 mar. 2023) e por coerência os acórdãos das 5ª (AgRg no HC n. 788316/RS, DJe de 13 fev. 2023) e 6ª Turmas (Recurso em Habeas Corpus - RHC n. 158580/BA, DJe de 25 abr. 2022), que compõem a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), relacionados a invalidade e/ou ilicitude da busca pessoal ou veicular

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma-Bari, Laterza, 1989.

⁵ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, n. 1, 2011, p. 36.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto tra passato e futuro. In: P. COSTA; D. ZOLO (org.), **Lo Stato di diritto: Storia, teoria, critica**. Milano, Feltrinelli, 2002, p. 386.

⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v. 7, n. 2, 2014, p. 519.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, trad. ao espanhol por Perfecto Andrés Ibáñez e outros, Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 37.

e dos elementos investigativos ou provas que dela derivam, especificamente os parâmetros para esse reconhecimento à luz do garantismo.

A escolha desses Tribunais Superiores se dá porque é deles a função de dar a última palavra a respeito do sentido normativo da Constituição (STF) e das leis nacionais e federais (STJ), tendo-se em vista a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia e a eficiência, os deveres de fundamentação, integridade e coerência (CF/88, arts. 5º, 37 e 93, IX; Código de Processo Civil - CPC, arts. 489, §1º, 926 e 927), buscando-se ainda promover a junção da gestão com a jurisdição.

Após análise crítica da argumentação utilizada nessas decisões, serão verificados os parâmetros normativos e epistêmicos fixados e as inferências daí decorrentes para que se possa judicialmente admitir como válidas, ou não, essas medidas restritivas de direitos fundamentais, bem assim buscar aperfeiçoar serviços prestados pelos atores do sistema de Justiça Criminal. A importância teórica decorre do estabelecimento de parâmetros de validade dos princípios da dignidade humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da vedação de provas ilícitas (CF/88, arts. 3º, III, e 5º, LIV, LV e LVI). Do ponto de vista prático, fornecer subsídios aos referidos atores na análise dos casos de busca pessoal ou veicular e sua aplicação, evitando vieses cognitivos ou condenações injustas e seus graves efeitos.

Organizado em três seções, o artigo na primeira aborda as premissas necessárias e apresenta o problema investigado e na segunda são tratadas as provas e seus aspectos. Na sequência, são analisados os fundamentos utilizados pelo STF e STJ nessas decisões, com a conclusão alcançada.

2 PREMISSAS NECESSÁRIAS

Nesta seção, serão apresentadas premissas necessárias à compreensão das abordagens teóricas jurídico-constitucional e política realizadas neste artigo, além do problema investigado.

2.1 GARANTISMO, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

O garantismo trata de todos os poderes estatais e políticos, sendo “um componente essencial do constitucionalismo moderno”⁹. Constitucionalismo “significa, em essência,

⁹ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. p. 35.

limitação de poder e supremacia da lei” e democracia traduz-se “em soberania popular e governo da maioria”, não se olvidando a existência de tensão entre ambos¹⁰, de maneira que o Estado constitucional e democrático de Direito deve agir como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, em face das maiorias ou grupos e do seu poder no processo político.

Na contemporaneidade, não se pode dissociar Direito, Democracia e Constitucionalismo. Primeiro, porque este modelo¹¹ busca “reafirmar a supremacia da Constituição e de seu catálogo de direitos e garantias fundamentais, submetendo toda ordem jurídica ao filtro de validade em face do seu texto”¹², tendo como consequência o fato de que “nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível”¹³. Segundo, no tocante à teoria jurídica atual e sua ligação com a Democracia, Copetti Neto e Oliveira Vieira¹⁴ asseveram existir algum consenso entre Habermas (democracia deliberativa/discursiva) e Ferrajoli (democracia substancial) na Europa e Bonavides (democracia participativa) no Brasil, pois não divergem da “premissa de que o Direito só pode ser constituído epistêmica e procedimentalmente com a Democracia”. De um lado, reconhecem que não há “Democracia sem Direito; por outro, ressaltam que a democracia meramente representativa, embora necessária, não é suficiente para garantir e efetivar os direitos constitucionais.” A democracia é compreendida como elemento articulador entre Direito e Política e “como o mecanismo que funda e sustenta a legitimidade do sistema jurídico e religa a validade à faticidade da realidade social e dos valores éticos e morais socialmente mediados”, tornando-se, a seu tempo,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

¹¹ Para fins deste artigo, o termo “constitucionalismo” é o utilizado por Luigi Ferrajoli: um “modelo normativo de ordenamento produzido por uma mudança de paradigma, seja do direito, seja da democracia, graças ao qual a validade das leis e a legitimidade da política são condicionadas ao respeito e à efetivação das garantias e dos direitos estipulados nas constituições” (FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 12).

¹² SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, §3º, do NCPC. In: **Revista de processo, São Paulo**. 2016, p. 451.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 111.

¹⁴ COPETTI NETO, Alfredo; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O direito e a democracia para além da representação. In: LEITE, G. S.; LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coord.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 218.

validamente jurídicos, isto é, “o Direito como um sistema vinculante, pelo qual a sociedade estabelece a si mesma e a quem se submete”¹⁵.

O garantismo, como teoria política e jurídica, se preocupa “com a dinâmica da verificação da validade das normas, com a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e com a democracia substancial”¹⁶. Não sendo apenas jurídica, não pode ser visto com reflexos somente na seara penal, como sói ocorrer, não se olvidando sua relevância para o fortalecimento do Estado constitucional e democrático de Direito. André Karam Trindade lembra haver “algumas questões que afetam a relação entre direito e democracia” – entre as quais: “de que maneira as decisões judiciais podem ser minimamente controladas? quais as exigências que condicionam a decisão judicial?”¹⁷ –, de modo que, pelo atual exercício da jurisdição constitucional, o Direito reclama “uma *teoria da decisão* que se mostre adequada às especificidades que conformam o paradigma das atuais democracias constitucionais”, porquanto omissa no garantismo ferrajoliano. Embora reconheça a grandeza do desafio de traçar uma teoria garantista da decisão judicial, esforça-se em apontar, às perguntas que formulou, as respostas que constituiriam os pressupostos do que seria essa teoria, entre as quais as exigências que condicionariam “a decisão judicial no paradigma do Estado constitucional de direito”¹⁸.

São quatro exigências internas visando “à garantia do cidadão contra o arbítrio judicial”:

- i) de construção da cadeia discursiva, segundo a qual é “necessário que a resposta apresentada para o caso, permita à sociedade democrática conhecer os motivos que levaram o tribunal à tal interpretação e não a outras”, por meio de uma “justificação técnico-conceitual”, não por questões emotivas ou subjetivas, revelando o caminho interpretativo para chegar à decisão; ii) de consistência, como vetor interpretativo do sistema jurídico como um todo, objetivando de um lado, “encontrar nas decisões uma motivação que assegure a repetição” dos acertos do passado, e de outro, “controlar as modificações na cadeia significativa”, tornando explícito “o porquê da necessidade de se efetuar a modificação do sentido que vinha sendo estabelecido nas

¹⁵ COPETTI NETO, Alfredo; VIEIRA, Gustavo Oliveira. *O direito e a democracia para além da representação*. p. 218-219.

¹⁶ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. *A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, §3º, do NCPC*. p. 451.

¹⁷ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. STRECK, Lenio Luiz (Org.). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 76.

¹⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. p. 89-90.

decisões anteriores”; iii) de coerência, embora “derivada do princípio da não-contradição da lógica aristotélica”, aqui está relacionada “à necessidade de uma coerência material, cuja produção deve observar as normas substanciais que orientam a sociedade democrática”, ajustando as “diversas questões fáticas envolvidas no caso *sub judice*” e operando sentidos dedutivos e indutivos, para “examinar com maior clareza, precisão e vigor, a coerência dos argumentos apresentados na decisão judicial”; iv) de integridade, por meio da qual, numa democracia constitucional, o juiz não está completamente livre para decidir, antes “está vinculado à lei e obrigado a fundamentar sua decisão, respeitando a exigência de integridade do direito”, deixando claro o critério a partir do qual ela foi alcançada, de modo a ser possível verificar “se foi resultado de um argumento de princípio, marcado por sua imparcialidade, ou, então, de um argumento marcado por escolhas de caráter subjetivo, político, econômico etc”¹⁹.

Assim como o legislativo e o executivo estão sob a supervisão do judiciário, a atividade deste, “enquanto intérprete da constituição, é suscetível à análise e crítica, a serem realizadas pela ciência jurídica”, de maneira que, sob a perspectiva garantista, esta assuma uma função pragmática: a crítica interna do direito²⁰.

A conclusão de André Karam Trindade²¹ sobre a análise crítica da atividade judiciária parece evidente. Primeiro, pelo dever dos agentes públicos de prestação de contas à sociedade (*accountability*). Segundo, pela incidência da teoria da argumentação, mas com duas ressalvas: i) pensa-se que é a realidade que molda a linguagem, demandando precisão na sua utilização, não o contrário, embora não se despreze os ganhos científicos com os avanços da filosofia da linguagem; ii) tal teoria não exclui a lógica, parte integrante da filosofia, assim como a epistemologia, sob pena de erodir-se. Terceiro, porque, como alerta Nagibe de Melo Jorge Neto, métodos e princípios hermenêuticos não têm caráter normativo, nem os juízes estão obrigados a utilizá-los, considerá-los ou segui-los na resolução de casos concretos, embora não negue sua importância. Este autor sugere usar a lógica, no sentido aristotélico do termo e destaca que as regras da lógica argumentativa são “cogentes – embora não juridicamente cogentes – na medida em que o descumprimento de uma regra lógica argumentativa importa em uma impossibilidade linguística demonstrável”, de modo que são uma real e factível restrição à atividade

¹⁹ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. p. 90-97.

²⁰ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. p. 98-99.

²¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. p. 99.

interpretativa dos juízes sem que, num “primeiro momento, apresente o inconveniente de estabelecer uma opção por este ou por aquele método hermenêutico”²².

A despeito de André Trindade, quanto à integridade, afastar procedimentos da teoria da argumentação, descuida da lógica que a integra, embora a utilize na exigência da coerência, o que vai de encontro a sua construção teorizante de exigências da decisão judicial que a condicionariam. Noutras palavras, se essa é baseada em construção da cadeia discursiva, consistência, coerência e integridade que envolvem um discurso de razão ou de argumentação, estas hão de estar em seu conteúdo, sob pena de ocorrer uma *contradictio in terminis*. Por isso, reputa-se hígida a sugestão de Nagibe Jorge Neto quanto a lógica, notadamente pela argumentação e abordagem epistêmica desenvolvidas neste artigo.

2.2 ATUAÇÃO POLICIAL, LIMITAÇÕES E PROCESSO PENAL

É comum no dia a dia da população das comunidades carentes as abordagens policiais, seja em razão de *blitzen* no trânsito, seja em razão da chamada “atitude suspeita”, como móvel para medidas de busca pessoal ou veicular – neste caso, não vinculadas às condições normais de circulação de veículos previstas no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). O problema investigado neste trabalho deflui da frequente observação de buscas pessoais e veiculares feitas por policiais, sem critérios (objetivos) fático-probatórios e epistêmicos demonstráveis ou verificáveis, ainda que posteriormente, para que sejam constitucionalmente válidas. O objetivo é identificar parâmetros, inclusive em termos de *standards* probatórios, à luz da CF/88 e do processo penal, para que se promova busca pessoal – conhecida, a par variações de nome, como “baculejo” – ou veicular (por sua equiparação com a primeira), aferindo se a alegação desses agentes públicos de “atitude suspeita” é suficiente ou não para a medida

Nesse intento, observa-se *a priori*, que o art. 244 do Código de Processo Penal (CPP) não utiliza o termo “atitude”, mas *fundada* suspeita, distinguindo-se, seja pela classe gramatical, aquele substantivo (do francês *attitude*), este adjetivo (do latim *fundatum*), seja pelo significado, o primeiro “modo de ter o corpo, posição, pose, postura, maneira, forma de proceder”, o segundo “que tem fundamento, estabelecido solidamente, bem assentado, sólido, seguro”.

²² JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? p. 519.

Como o processo penal trata de condutas exteriorizadas com relevância penal, não com disposições interiores, o legislador foi preciso na escolha do termo fundada suspeita, já que o adjetivo agrega à suspeita algo solidamente estabelecido, com fundamento objetivo, apto a caracterizar a justa causa da medida, sem impressões internas ou subjetivas. Isso porque, além de o CPP distinguir indício da suspeita, esta, *per si*, “não passa de um estado anímico, um fenômeno subjetivo”²³, que não fundamenta uma decisão.

A segunda observação é que o art. 244 do CPP encerra três situações: a primeira consiste na busca pessoal posterior à prisão; a segunda antecedente à prisão, em que presente, *a priori*, fundada suspeita quanto à existência de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito (o que deve ser comprovada *a posteriori*); e a terceira, realizada no contexto de busca domiciliar e eventual apreensão, em que pode surgir sua necessidade. Pelo título deste trabalho, importa a segunda. Note-se, porém, que a segunda e terceira não se contentam com a fundada suspeita, reclamando referibilidade e finalidade probatória, mas tais aspectos serão abordados depois, porque relacionada à prova e às decisões a serem analisadas.

A terceira se relaciona aos agentes aptos a executá-la: por decorrer do exercício do poder de polícia ostensiva ou investigativa, exclusivo do Estado e indelegável, deve-se observar a CF/88 (art. 144, I a VI), de modo que somente será válida se realizada por agentes públicos com atribuição para tanto. Tal aspecto assume relevância diante da alegação de que seria possível a guardas municipais fazê-lo, o que não é verdade, pois na esteira do que decidido pelo STF²⁴ e STJ, somente é possível que guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal ou veicular se houver, além de justa causa para a medida (CPP, art. 244), “relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais” (CF/88, art. 144, §8º), não se confundindo com

²³ Antônio Magalhães Gomes Filho aduz que “a suspeita é pura intuição, que pode gerar desconfiança, dúvida, mas também pode conduzir a engano” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord.: Luiz Flávio Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 311).

²⁴ Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AGR-ED-AGR) n. 1281774/SP, 1ª Turma, DJe de 26 ago. 2022. Na ADPF n. 995/DF (Pleno, j. em 28 ago. 2023), houve “interpretação conforme ao artigo 4º da Lei n. 13022/2014 e ao artigo 9º da Lei n. 13675/2018, para incluir as Guardas Municipais, criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública”, não como polícia, nem com destinação estranha às definidas no artigo 144, §8º, da CF/88. Nesse sentido, também o STJ, no HC n. 830530/SP (3ª Seção, j. em 27 set. 2023).

“permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária”²⁵.

Firmadas tais observações, tem-se minimamente a possibilidade constitucional e legal de instauração de procedimento investigativo criminal ou eventual ação penal, de modo a deflagrar um processo penal.

3. PROVAS

São necessárias algumas distinções de ordem epistêmica a um juízo de verificabilidade fática, relevantes não só para compreensão de uma decisão judicial sobre enunciados fáticos, quanto para estabelecer parâmetros lógicos sobre sua construção. Por isso, são mencionados brevemente autores da chamada concepção racionalista da prova²⁶ sobre fatos no processo judicial, notadamente no âmbito processual penal, de modo a ser possível exercer limites ou controlabilidade sobre as decisões judiciais, sem descuidar da normatividade jurídico-constitucional em razão de seus atributos.

É que as discussões teóricas da comunidade jurídica e a práxis forense sobre fatos, provas ou verdade no processo penal brasileiro, à luz do constitucionalismo e do garantismo, ainda apresentam falhas ou vieses que atritam com a adequada compreensão e aplicação do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da vedação de provas ilícitas (CF/88, art. 5º, LIV, LV e LVI), mas que não serão aprofundados, pelos limites deste artigo.

3.1. FATOS E ENUNCIADOS FÁTICOS

A palavra fato, do latim *factum*, pode ser compreendida como um evento, fenômeno ou acontecimento da realidade ou que acarrete sua modificação. A despeito de Daniel González

²⁵ Recurso Especial (REsp) n. 1977119/SP (6ª Turma, DJe de 23 ago. 2022); AgRg no REsp n. 1924259/MS (6ª Turma, DJe de 3 abr. 2023); AgRg no HC n. 803986/SP (6ª Turma, DJe de 18 maio 2023).

²⁶ Ferrer-Beltrán, entre os quais, aponta que tal concepção tem as seguintes características: “a) o recurso ao método de corroboração e refutação de hipóteses como forma de valoração da prova; b) a defesa de uma versão fraca ou limitada do princípio de imediação; c) uma forte exigência de motivação da decisão sobre os fatos; e d) a defesa de um sistema de recursos que ofereça um campo amplo para o controle da decisão e para a sua revisão em instância[s] superiores” (FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 96).

Lagier²⁷ apontar que fato seria um termo extremamente ambíguo, depois salienta “que o sentido com que os juristas usam a palavra ‘fato’ (pelo menos na teoria da prova) é mais restrito”, passando a coincidir com a ideia de evento, noção aqui tomada. Enunciados fáticos, por sua vez, “são concebidos como descrições de fatos”, os quais têm existência independente desses, ou seja, não os constituem²⁸.

Lembrava Michele Taruffo que “os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material”, porque, em geral, já ocorreram, pertencendo ao passado, razão por que, “salvo alguns elementos de prova circunstancial”, não podem ser percebidos no processo pelo julgador, devendo ser, por este, reconstruídos com base na prova disponível. Os fatos, afirma esse autor, “são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente” e quando “se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato”²⁹, mas destaca em outro livro que todo enunciado fático: i) “relativo a acontecimentos do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real” e substancialmente “é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem”; ii) não prescinde, em razão de ônus processuais, de ser provado, pois só é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas³⁰. O autor ensina que o processo tem uma dimensão epistêmica, um dos pontos fundamentais para este artigo.

Nessa perspectiva, interessante a adoção por Marina Gascón Abellán de um modelo epistemológico cognitivista de determinação judicial dos fatos, a partir de determinada concepção do conhecimento empírico, questões distintas, alerta, embora não completamente independentes, pois daquele derivam “certas exigências para a configuração dos modelos legais, e esses sempre são baseados em determinada concepção epistemológica”³¹. Tal modelo “é aquele segundo o qual os procedimentos de determinação dos fatos dirigem-se à formulação

²⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti: ensaios sobre prova, causalidade e ação**. Trad. Luis Felipe Kircher; revisão e coordenação Vitor de Paula Ramos - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 24.

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Tradução: Ravi Peixoto. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 101.

²⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

³⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 72 e 100.

³¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. 2022, p. 78.

de enunciados fáticos que, se os fatos que descrevem ocorreram, serão verdadeiros e, em caso contrário, serão falsos”³².

A determinação judicial dos fatos não pode ser solipsista ou voluntarista, realçando Abellán que o caso mais representativo da adoção de um modelo cognitivista para análise da determinação dos fatos é o de Luigi Ferrajoli, pois este entende que se trata do modelo normativamente exigido pelo garantismo, ou seja, o modelo processual garantista (ou de estrita jurisdicionalidade), o qual pode ser chamado de “cognitivista”, que guia a “investigação da verdade processual empiricamente controlável e controlada, ainda que necessariamente reduzida e relativa”³³. E há boas razões pelo cognitivismo, em sua versão crítica ou moderada, por ser a que melhor corresponde a posições epistemológicas de alcance mais geral, sem deixar a realidade, e por ser mais propícia ao conhecimento de fatos em sede judicial, bem assim para salvaguardar valores que esse conhecimento deve perseguir numa perspectiva que pode ser qualificada como garantista³⁴. Utiliza-se, então, concepção cognitivista e racionalista da prova, no sentido de buscar conhecer de modo objetivo a realidade, possibilitando distinguir os fatos (alegados) da realidade e as construções provenientes da percepção (observação) ou da interpretação.

Conquanto apresente limitações, tal modelo é adequado do ponto de vista conceitual, prático e valorativo, a controlabilidade é viável e o conceito de verdade que dele decorre “é o semântico da *correspondência*, e o principal critério de verdade é o do *contraste empírico*”, podendo “a coerência do conjunto de enunciados” servir como critério subsidiário³⁵ para ajudar “a determinar a verdade das afirmações sobre os fatos”³⁶. Tal compreensão é de grande valia, tendo em vista a busca de critérios (objetivos) fático-probatórios e epistêmicos demonstráveis ou verificáveis, ainda que posteriormente, para que a busca pessoal (ou veicular) seja constitucionalmente admitida ou repelida.

3.2 STANDARDS PROBATÓRIOS

³² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. 2022, p. 80.

³³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. 2022, p. 80.

³⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. 2022, p. 102.

³⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no Processo Penal**. 2. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 92-94.

³⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova*. 2022, p. 80-81, 104-107 e 115.

Determinar o grau de probabilidade, apoio ou confirmação que as provas disponíveis oferecem no processo e decidir se esse grau é suficiente para considerar uma hipótese como provada (ou aceita como verdadeira), se relaciona com a valoração racional da prova desta hipótese sobre fatos controvertidos. Contudo, alerta Ferrer-Beltrán³⁷ que a prova de um fato não está vinculada à crença (convicção) do julgador de que referido fato ocorreu, mas à aceitabilidade racional da proposição envolvida, de modo a promover a garantia da motivação e operar distintos *standards* de prova, apontando quatro elementos que conformam o direito à prova: i) direito de utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos enunciados fáticos que fundam a pretensão deduzida em juízo; ii) direito a que as provas sejam produzidas no processo; iii) direito a uma valoração racional da prova; e iv) dever de motivação das decisões judiciais para controle das partes e da sociedade. Roberta de Lima e Silva³⁸ adicionou (v) o direito à aplicação de *standards* de prova (ao qual se complementa: se normativamente previsto), vertendo análise nos itens “iii” e “iv”, para a averiguação da verdade (finalidade da instituição probatória).

Com base nos três primeiros, observa-se que num sistema jurídico-constitucional pautado pela dignidade humana, pelo devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e pela vedação de provas ilícitas, entre outros direitos e garantias fundamentais, “é preciso compreender a valoração racional da prova como elemento fundante do direito à prova”. Neste ponto, a valoração racional da prova comporta duas vertentes: “a) exige-se que as provas admitidas e produzidas sejam levadas em consideração para efeitos de justificar a decisão a ser adotada; e b) a valoração deverá ser racional, isto é, pautados nos critérios de racionalidade gerais”³⁹, devendo ser cumpridos os seguintes critérios: i) completude (a consideração de todas as provas que conformam os elementos de juízo; ii) coerência (se a valoração das provas não ostentar contradições internas); iii) congruência (as provas levadas a cabo devem efetivamente dizer respeito aos fatos em apuração; e iv) correção lógica (as inferências devem ser

³⁷ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. p. 82-88.

³⁸ LIMA E SILVA, Roberta de. **Em defesa de uma concepção racionalista da prova: diálogos entre processo, prova, verdade e direito à prova**. Universitat de Girona, Espanha, 2023, p. 29-30.

³⁹ LIMA E SILVA, Roberta de. *Em defesa de uma concepção racionalista da prova: diálogos entre processo, prova, verdade e direito à prova*. p. 30.

logicamente válidas e justificáveis)⁴⁰. Toda valoração da prova deve se basear em critérios racionais e objetivos, a “verificar se as hipóteses oferecidas foram ou não corroboradas suficientemente pelas provas trazidas aos autos” na justificação do decisor⁴¹.

A respeito do item iv, a justificação é a única maneira de correção do “resultado probatório, ao qual se chegou a partir da valoração racional da prova – e dela é produto –, de modo que a referida justificação deverá levar em consideração” não só a “declaração dos enunciados fáticos provados”, mas dos “não provados, a fim de que tanto as partes quanto terceiros possam estabelecer mecanismos de verificação e controle das decisões judiciais”, inclusive perante Tribunais superiores⁴². Neste ponto, o dever de motivar decorre de normativa constitucional (art. 93, IX), mas seguindo a bipartição feita por Ferrer-Beltrán, trata de uma concepção “racionalista” de motivação, isto é, não se busca a explicação dos motivos psicológicos de determinada decisão, mas sim o cotejo do raciocínio que justifica ser a decisão admissível dentro dos conhecimentos e das regras do Direito⁴³. A motivação, nessa linha intelectual, deriva da valoração racional da prova, pois “é preciso que a decisão ostente adequadas razões epistêmicas e normativas para atender a justificação, de modo que as primeiras decorrem da valoração individual e conjunta das provas reunidas”, num expediente processual para “determinar o grau de corroboração que os elementos de juízo aportados ao processo outorgaram às hipóteses fáticas em conflito”⁴⁴. Portanto, somente a partir da “valoração racional da prova”, se obtém o material para a adequada motivação das decisões judiciais⁴⁵.

As premissas e conclusões desta seção, atendem ao objetivo de identificar, à luz do garantismo, parâmetros que justificam constitucionalmente as buscas pessoais ou veiculares, e permite aferir de modo epistêmico os que foram estabelecidos nas decisões do STF e do STJ aqui mencionadas.

⁴⁰ PAULA RAMOS, Vitor de. **Direito fundamental à prova**. São Paulo: Revista de Processo, vol. 224, out. 2023, p. 5.

⁴¹ LIMA E SILVA, Roberta de. *Em defesa de uma concepção racionalista da prova: diálogos entre processo, prova, verdade e direito à prova*. p. 31.

⁴² FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. p. 86.

⁴³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção: standards de prova e devido processo**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 328-330.

⁴⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. p. 331.

⁴⁵ LIMA E SILVA, Roberta de. *Em defesa de uma concepção racionalista da prova: diálogos entre processo, prova, verdade e direito à prova*. p. 32.

4 PARÂMETROS ESTABELECIDOS NAS DECISÕES DO STF E STJ

Nesta seção são analisados os fundamentos utilizados pelo STF e STJ nas decisões abaixo identificadas, para se reconhecer constitucional e judicialmente a validade, ou não, dessas buscas e as consequências (jurídicas e práticas) daí decorrentes.

4.1. STF: HC n. 208240/SP e AgRg no HC n. 224294/PR

No HC n. 208240/SP, foi fixada a seguinte tese de julgamento: “A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”.

Embora pendente a publicação do acórdão no momento em que se escreve este trabalho (mas com ata de julgamento publicada em 22 de abril de 2024), foi estabelecido pelo colegiado máximo do STF, não apenas a necessidade de elementos objetivos para a lícita execução de busca pessoal sem mandado judicial, como também a referibilidade e finalidade probatória. A ilicitude posta ao final seria constitucionalmente prescindível (arts. 1º, III; 3º, IV; 4º, VIII; 5º, *caput*, I, III, XLI e XLII; 7º, XXX; art. 34, VII, “b”; 227), mas realça o racismo, o preconceito e a discriminação ainda pungentes em nossa sociedade.

Já na decisão no AgRg no HC n. 224294/PR, primeiro deve-se verificar a “conformidade antecedente das premissas (fática e normativa)” que deram suporte às decisões das instâncias inferiores, pois o pedido de “aplicação do redutor mínimo ou máximo pressupõe a validade do procedimento e da licitude da prova” e que a “inferência decorre da premissa fática estabelecida pelas instâncias ordinárias quanto à validade da abordagem e da busca pessoal (CPP, art. 244)”, mas sem revisitar matéria probatória, senão a “validade e solidez da motivação e da fundamentação” (p. 1). Em seguida, fixam-se premissas normativas de que na situação de “flagrante delito posto e não pressuposto”, a busca pessoal é consequência lógica da prisão que dele decorre (CPP, art. 301), mas “na ausência de prévia prisão em flagrante, o pressuposto normativo e lógico da busca pessoal é o da existência objetiva, tangível e comprovável pelo Estado, a *posteriori*, dos atributos da ‘fundada suspeita objetiva’.” (p. 2). A partir delas, vai-se não só ao ônus da prova, no caso, do Estado (por seus agentes policiais) quanto à conformidade,

ou não, da restrição à livre locomoção ou permanência, limitando o poder estatal à normatividade constitucional e legal, evitando arbítrio e assegurando aquele direito fundamental (cariz garantista).

Tal ônus probatório reafirma o que estabelecido pelo STF no julgamento do RE n. 603616/RO (DJe de 10 maio 2016)⁴⁶, e tanto os dispositivos desse tema (CPP, art. 240, §1º) e do caso (CPP, art. 244) estão “topologicamente no mesmo Capítulo XI do Código de Processo Penal, sob o descritor DA BUSCA E DA APREENSÃO, ambos relacionados às hipóteses de restrição de direitos e garantias constitucionais” (p. 2).

Há dever de os Tribunais “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (CPC, art. 926) e pela restrição a direito fundamental, impõe-se a conformidade de atuação dos agentes públicos ao ordenamento jurídico-constitucional, razão pela qual embora a Polícia Militar, no exercício do policiamento ostensivo ou a Polícia Judiciária (CF, art. 144) possa “abordar qualquer um do povo, a intervenção deve ser amparada por causa tangível, concreta e objetiva da fundada suspeita (CPP, art. 244)”, sob pena de inversão lógica da proteção dos direitos fundamentais e da conclusão do Tema 280 do STF (p. 10). E se “o abordado está no exercício de seu direito fundamental de ir, vir ou ficar (CF, art. 5º, XV), a restrição imediata, direta e autoexecutável por ato” de agentes policiais, “direciona ao Estado o dever de comprovar, perante autoridade judiciária, a regularidade da restrição imposta”, pois toda “restrição de direitos fundamentais deve ser objeto de controle jurisdicional, com ônus de conformidade do ato atribuído a quem” o realizou (p. 11).

Fez-se então à análise da validade e da solidez das inferências extraídas das decisões antecedentes, baseando-se em obras a respeito da epistemologia jurídica, da valoração racional da prova e cadeia de custódia, mencionando que o caso ainda envolve “marcadores sociais relacionados a práticas preconceituosas, discriminatórias e racistas, especialmente a gradação da cidadania nas periferias”, distinguindo preconceito, discriminação e racismo e alertando que o “suporte teórico do discurso estigmatizante penal”, sobre importado, é permeado de “significantes desprovidos de qualquer cientificidade” (p. 11-12). Tem-se nessa decisão que o preconceito, a discriminação e o racismo “sustentam diversas formas do que Miranda Fricker

⁴⁶ Tese fixada no Tema 280 de repercussão geral: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.”

denomina de Injustiça Epistêmica” (p. 13). Após alertar que todo “acusado tem o direito fundamental de ser abordado e julgado pelos atos que praticou (Direito Penal de Fato)”, não do autor, e que agências de controle não atuem sem fundamento objetivo e idôneo, a decisão traz uma frase lapidar aos fins deste artigo: “É o momento de acertar as contas com a injustiça epistêmica no domínio do Processo Penal brasileiro” (p. 17).

Passou-se à deliberação, deixando-se claro que o “percurso a ser realizado é o de verificar se há indicadores objetivos, tangíveis e concretos, ofertados *a posteriori*, quanto à abordagem do acusado” – a verificação empírica mencionada por Ferrajoli (1995, p. 37) –, mas “valorado a partir dos marcadores cognitivos da discriminação institucional, da Impessoalidade e das causas apresentadas quando da prisão” (p. 17).

Pautada nas assertivas de que (i) a “prova acusatória se restringe ao depoimento de dois policiais que efetuaram a prisão e do carona, sem que tenham filmado a ocorrência, embora datada”, nem averiguado “a existência de câmeras de segurança, de fontes humanas independentes, até porque apostaram na tolerância quanto à suspeita subjetiva” e que (ii) não se procurou estabelecer, em “nenhum momento, inclusive no controle da prisão” (p. 80-85), “as evidências de realidade quanto à genérica e conveniente ‘atitude suspeita’ que”, deve se pautar dados objetivos da realidade, vedada “a meramente subjetiva ou intuitiva”, concluindo primeiro que a “abordagem não se deu em situação de flagrante delito, exigida pelo art. 301 do Código de Processo Penal, excluindo a incidência da primeira parte do art. 244 do CPP” (p. 20).

Na segunda situação deste artigo, a decisão assentou que (p. 20-21): i) não há “prova de que o acusado, no momento da abordagem, estivesse praticando conduta de tráfico, nem mesmo de que tenha sido abordado anteriormente no alegado ponto de tráfico”, que facilmente poderia ter sido feita por outras comunicações “formalizadas quanto ao local, relatórios ou investigações policiais”; ii) a “busca pessoal se realizou, segundo os relatos dos policiais, em decorrência do conhecimento privado dos agentes, isto é, do fato de ser o acusado conhecido como participante do tráfico, mas sem evidências objetivas” do contexto, salientando, lado outro, que “inquietação não é causa objetiva” dessa busca, “principalmente porque os agentes policiais confessaram a prática reiterada de abordagens subjetivas e desprovidas de suporte objetivo”; iii) o argumento utilizado para justificar essa busca “é inválido porque se trata de conhecimento privado dos agentes quanto ao acusado, sem vinculação ao contexto da prisão, inservível à configuração objetiva da fundada suspeita” e o “fato de conhecerem o acusado de

situações antecedentes não é causa suficiente para buscas pessoais subsequentes, em contexto diverso”, pois, do contrário, a “dimensão do Direito Penal de Fato estaria afastada, legitimando-se buscas pessoais irrestritas com base nos antecedentes ou no conhecimento privado dos agentes públicos,” prevalecendo o que de “há muito a Criminologia Crítica aponta como estigmatização e etiquetamento (...)”, com base em “estereótipos, intuições, preconceitos e discriminações incompatíveis com o Estado Democrático de Direito”.

Finaliza pela (i) flagrante ilegalidade no nascedouro da investigação, ensejando, com base no art. 654, §2º, do CPP, “o reconhecimento da manifesta ilicitude da abordagem e da ‘busca pessoal’ (CPP, art. 244), contaminando, por consequência, a materialidade do crime”, e sendo (ii) manifesta a “ilicitude da obtenção da prova” (CF, art. 5º, LVI), nulifica a busca pessoal, declara a ilicitude das provas dela derivadas e absolve o “paciente, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal” (p. 21-22).

4.2 STJ: AGRG NO HC N. 788316/RS E RHC N. 158580/BA

No acórdão do RHC n. 158580/BA, consta que “a questão central a que o voto pretende responder gira em torno de saber qual a exigência, em termos de *standard* probatório, para a realização de busca pessoal”, para “definir se a mera alegação genérica de ‘atitude suspeita’ é suficiente ou não para a medida” (p. 8). Definida, vai-se ao resumo dos itens da respectiva ementa e não à integralidade do voto por duas razões: são autoexplicativos, alcançando os argumentos centrais do voto e se evita repetições.

Divididos em blocos para fins didáticos, eis o primeiro (itens 1 a 4 da respectiva ementa): i) Exige-se, em termos de *standard* probatório para a busca (pessoal ou veicular) sem mandado judicial, fundada suspeita (*justa causa*), aferida de modo objetivo e justificado conforme o caso concreto, de que alguém “esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência” (referibilidade vinculada à sua finalidade probatória e motivação correlata, afastando abordagens e revistas exploratórias); ii) O fato de serem encontrados objetos ilícitos (independentemente da quantidade) após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento “fundada suspeita de posse de corpo de delito” seja aferido com base no que se tinha antes da diligência.

Em seguida (II, itens 5 a 8 da ementa) aponta-se, à luz da CF/88, as consequências do descumprimento dessas regras e condições, o que evidencia não apenas a necessidade de observância normativa (constitucional e legal), mas também de direitos e garantias fundamentais, vislumbrando-se atendimento a dois dos três sentidos da construção teórica garantista de Ferrajoli (2002, p. 384-386): i) um modelo normativo de Direito, buscando garantir direitos dos cidadãos com a capacidade de punir do Estado; ii) como uma teoria crítica do Direito, isto é, uma teoria jurídica que se fundamenta na diferença entre a norma e a realidade, ocasionando uma separação entre o “ser” e o “dever ser”, não estando o magistrado obrigado a aplicar leis inválidas, ainda que vigentes.

No terceiro (III, itens 9 a 12 da ementa), há informações visando desconstruir compreensões equivocadas sobre sensação de segurança, além de estatísticas sobre abordagens policiais sem critérios normativos e fáticos que as justifiquem, mencionando ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 635/RJ, visando, entre outras medidas, o cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) quanto ao estabelecimento de metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da Sentença de 16 de fevereiro de 2017 (caso Favela Nova Brasília), sem perder de vista que na prestação da atividade de segurança pública, há se observar o respeito aos direitos e garantias fundamentais, não podendo o Ministério Público, “a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial” (CF/88, art. 129, VII) e “o papel de *custos juris*”, nem o Judiciário cancelarem medidas ilegais e abusivas por agentes da segurança pública. Os itens deste bloco retomam o preconceito e o racismo como falhas a serem corrigidas na atuação dos atores do sistema de Justiça Criminal, além de apontar ser esmaecida a assertiva de “atitude suspeita” não calcada em justificativa idônea e objetiva apta a promover uma “revista” de pessoas. Ao final (IV, itens 13 a 16 da ementa), o recurso foi provido para o fim de reconhecer a ilicitude das provas obtidas com base na busca realizada e, por conseguinte, trancar o processo penal instaurado em desfavor do recorrente.

No segundo acórdão (AgRg no HC n. 788316/RS), assim se resume a ementa (itens 1 a 5): i) A busca veicular se equipara à pessoal, exigindo-se os mesmos requisitos legais e finalidade probatória, não os satisfazendo meros informes de fontes não identificadas ou “intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta”, apoiando-se no precedente acima; ii) o caso não autorizava “a busca pessoal e

veicular, porquanto ausentes elementos outros que” comprovem a justa causa, considerando-se que a prova e a busca veicular foram ilegais, ensejando a absolvição do réu.

Os parâmetros que, pelas decisões do STF e STJ aqui analisadas, justificam normativa, lógica e epistemologicamente a busca pessoal ou veicular (equiparada) objeto deste trabalho (segunda e terceira, das três previstas no art. 244 do CPP), reclamam a existência objetiva, tangível e comprovável pelo Estado (a *posteriori*) dos atributos da “fundada suspeita”, nos termos aqui apresentados. Além disso, imprescindível a referibilidade para sua adoção, “vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*)”. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória.

Não se está a exigir ou propor *standards* de prova rígidos de atuação fixados a *priori*, pois são múltiplas as situações, mas normativos (constitucional e legal), epistêmicos e lógicos de justificação (a *posteriori*) visando segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e eficiência no sistema jurídico nacional a respeito dessa medida cautelar, afastando alegações inexistentes na lei, isoladas ou sem conexão fático-probatória entre eles, como “atitude suspeita”, supostos antecedentes individuais, nervosismo, informes de fonte não identificada, comunicação anônima ou subjetivismos (intuições, tirocínio ou impressões) de agentes policiais.

4.3 APRIMORAMENTO FUNCIONAL

Toda instituição, pública ou privada, conquanto normativamente balizada, exterioriza seus atos e concretiza suas atividades por meio de seus agentes (pessoas) e quanto melhor a inteligência, caráter e mais sólida a formação deles, tanto mais saudável e eficiente tende a ser (pelo menos é o que se anseia) a instituição para a sociedade, notadamente em se tratando de agências de segurança pública. Tem-se uma via de mão dupla, pois embora a eficiência do serviço público esteja vocacionada para finalidades constitucionais, não se deve elidir as condições necessárias para que o agente público possa eficientemente exercer suas funções, situação que ganha relevo quando se trata da segurança pública (CF/88, art. 144, *caput*).

Isso, obviamente, não prescinde do controle judicial posterior para verificar a existência de justa causa para execução de medidas cautelares *propria manu* pelos agentes de segurança

pública em decorrência do poder de polícia, com base nos atributos da discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, todos limitados pelas normas constitucionais, convencionais e legais e nelas justificados, tendo em vista suas finalidades. A decisão do Judiciário, como exigência do próprio ordenamento brasileiro, deve ser justificada a partir das provas do processo e a adequada motivação deriva da valoração racional destas, fornecendo o acervo necessário a tanto e presentes razões epistêmicas e normativas para atender essa justificação. Assim, parece possível, agora, judicialmente admitir como válidas, ou não, buscas pessoais ou veiculares com maior adequação e segurança jurídica, auxiliando os atores do sistema de Justiça Criminal nacional no aperfeiçoamento dos serviços por eles prestados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A execução pelos agentes policiais das medidas cautelares de busca pessoal ou veicular demandam parâmetros e controles constitucionais, convencionais e legais efetivos, porquanto excepcionam direitos e garantias fundamentais. Sob as luzes da jurisdição constitucional e do garantismo, não se pode aceitar que um direito fundamental seja ameaçado ou violado, sob a justificativa de aplicação, por vezes enviesada, de uma norma de direito processual, notadamente penal, à míngua de provas normativa e epistemologicamente válidas, sem valoração racional e adequada motivação. É que sem prova no processo, a discussão será abstrata e não empírica, inviabilizando ao julgador sua racional valoração e decisão, constituindo elemento fundante do processo.

Parece incabível presumir a veracidade de alegações estatais desprovidas de lastro probatório, especialmente porque no processo penal a atividade do Estado é o objeto do controle normativo, não seu parâmetro, ou seja, cabe ao Judiciário controlar a atuação estatal a partir do ordenamento jurídico-constitucional, não o inverso, sendo imprescindível sua justificação empírica, lógica e epistêmica. Afinal, somente a partir da filtragem constitucional de normas processuais, num devido processo constitucional e não meramente legal, é que o processo pode cumprir sua função instrumental voltado a uma tutela jurídica adequada, tempestiva e efetiva de direitos fundamentais.

Com efeito, confirma-se a hipótese deste trabalho de haver inconsistência normativa (constitucional e legal), epistêmica (e lógica) e subjetiva da chamada “atitude” suspeita para

execução dessa medida cautelar de busca pessoal (ou veicular, equiparada) também do ponto de vista garantista. Por fim, o STF parece reconhecer também a dimensão epistêmica do processo penal, inclusive sobre a prova, e não apenas a normativa, buscando afastar, em condutas de agentes estatais, injustiças, vieses cognitivos ou seletividade penal e aprimorar a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Standars de prova no Processo Penal**. 2. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ATTITUDE. In: MICHAELIS: **dicionário prático da língua portuguesa**. – São Paulo: Editora Melhoramentos, 2010.

ATTITUDE. In: SILVEIRA BUENO: **minidicionário da língua portuguesa**. – 3. ed. – São Paulo: FTD, 2016.

ATTITUDE. In: AVOLIO, Jelssa Ciardi; FAURY, Mára Lucia. **Michaelis: dicionário escolar francês: francês-português, português-francês**. Melhoramentos, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 158580/BA**. Recurso em habeas corpus. Tráfico de drogas. Busca pessoal. Ausência de fundada suspeita. Alegação vaga de “atitude suspeita”. Insuficiência. Ilícitude da prova obtida. Trancamento do processo. Recurso provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 19 abr. 2022. Brasília, DF: STJ, [2022]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=146929519®istro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 788316/RS**. Agravo regimental no habeas corpus. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Nulidade da busca veicular. Fundada suspeita não demonstrada. Ausência de dados concretos. Parâmetros unicamente subjetivos. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes do STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 07 fev. 2023. Brasília, DF: STJ, [2023]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=175298028®istro_numero=202203817890&peticao_numero=202201149664&publicacao_data=20230213&formato=PDF. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 224294/PR**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 28 fev. 2023. Brasília, DF: STF, [2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356271194&ext=.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

COPETTI NETO, Alfredo; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O direito e a democracia para além da representação. In: LEITE, G. S.; LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coord.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma-Bari, Laterza, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, trad. ao espanhol por Perfecto Andrés Ibáñez e outros, Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto tra passato e futuro. In: P. COSTA; D. ZOLO (org.), **Lo Stato di diritto**: Storia, teoria, critica. Milano, Feltrinelli, p. 349-386, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander Araujo de Souza et al. São Paulo: Ed. RT, 2015.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2021.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2022.

FUNDADO. In: MICHAELIS: **dicionário prático da língua portuguesa**. – São Paulo: Editora Melhoramentos, 2010.

FUNDATUS, -A, -UM. In: LATIM-PORTUGUÊS, DICIONÁRIO. Termos e expressões. **Jair Lot Vieira (Supervisão editorial)**. São Paulo: Edipro, 2016.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Tradução: Ravi Peixoto. Salvador: JusPodivm, 2022a.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **O problema de provar**. Tradução de Livia Moscatelli, Caio Badaró Messina; coordenação científica da tradução Janaina Matida. 1. ed. - Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022b.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Coord.: Luiz Flávio Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher; revisão e coordenação Vitor de Paula Ramos - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, n. 1, p. 34-41, 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

LIMA E SILVA, Roberta de. **Em defesa de uma concepção racionalista da prova**: diálogos entre processo, prova, verdade e direito à prova. Universitat de Girona, Espanha, 2023.

MATTEUCCI, N. 2004 [1976]. Costituzionalismo. In: N. BOBBIO; N. MATTEUCCI, **Dizionario di politica**. Torino, UTET.

PAULA RAMOS, Vitor de. **Direito fundamental à prova**. São Paulo: Revista de Processo, vol. 224, p. 41, out. 2023.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, §3º, do NCPC. In: **Revista de processo, São Paulo**. 2016. p. 437-468.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. STRECK, Lenio Luiz (Org.). Salvador: JusPodivm, p. 75-103, 2017.