

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR CESREI
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RAMOM TALYSON DAS NEVES SOARES

**REQUISITOS PARA A BUSCA DOMICILIAR, PESSOAL E VEICULAR
NO PROCESSO PENAL**

Artigo apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Cesrei Faculdade, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Felipe Augusto de melo e Torres, Cesrei Faculdade.

1º Examinador: Prof. Me. Camilo de Lélis Diniz de Farias Cesrei Faculdade.

2ª Examinadora: Profa. Dra. Gleick Meira Oliveira, Cesrei Faculdade.

REQUISITOS PARA A BUSCA DOMICILIAR, PESSOAL E VEICULAR NO PROCESSO PENAL

Ramom Talyson das Neves Soares¹
Felipe Augusto de Melo e Torres²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar um estudo sobre os requisitos que autorizam a busca domiciliar, pessoal e veicular, evidenciando através da doutrina e da jurisprudência recente sobre o tema todos os aspectos que envolvem a temática. O artigo foi embasado por pesquisa bibliográfica dos principais autores especializados no assunto, como também por decisões judiciais sobre o tema em comento. O trabalho inicia com a explanação dos conceitos iniciais sobre o tema prova e meios de provas admitidos no processo penal. Os requisitos para que as buscas possam ser realizadas de forma legítima são explanados no corpo do texto, visando explicitar os conceitos que são trazidos pelo próprio Código de Processo Penal, como também pelos doutrinadores especialistas no assunto. Por fim, parte-se para os tipos de buscas previstos na legislação, expondo as nuances de cada tipo e discorrendo sobre os requisitos de cada busca, assim como, conclui-se o artigo trazendo a análise de casos concretos julgados pelos tribunais superiores que fundamentam a busca e autorizam esse meio de prova no processo penal.

Palavras-chave: prova; busca domiciliar; busca veicular; busca pessoal.

ABSTRACT

This article aims to present a study on the requirements that authorize home, personal and vehicle searches, highlighting through doctrine and recent jurisprudence on the subject all aspects involving the subject. The article was based on bibliographical research by the main authors specializing in the subject, as well as by judicial decisions on the topic in question. The work begins with the explanation of the initial concepts on the subject of evidence and means of evidence admitted in criminal proceedings. The requirements for searches to be carried out legitimately are explained in the body of the text, aiming to explain the concepts that are brought by the Criminal Procedure Code itself, as well as by experts in the subject. Finally, we look at the types of searches provided for in the legislation, exposing the nuances of each type and discussing the requirements of each search, as well as concluding the article by analyzing concrete cases judged by higher courts that underlie the search and authorize this means of evidence in criminal proceedings.

Keywords: proof. home search. vehicle search. personal search.

¹ Graduando do Curso de Direito da Cesrei Faculdade. E-mail: ramomtalyson@hotmail.com.

² Professor do Curso de Direito da Cesrei Faculdade. Mestre em Direito pela UniSantos. E-mail: advfelipeamt@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de trazer um estudo sobre os requisitos necessários que autorizam os tipos de buscas previstos no Código de Processo Penal, trazendo os conceitos que são tratados no referido código através da visão dos estudiosos da área, como também através de decisões judiciais sobre o tema.

O tema é importante principalmente aos que são incumbidos constitucionalmente da execução de buscas, seja domiciliar ou pessoal, uma vez que traz à tona os conceitos mais importantes sobre o assunto como também apresenta qual o posicionamento adotado atualmente pelos tribunais superiores.

Apresentam-se os conceitos iniciais sobre teoria geral da prova, recorrendo sobre todos os conceitos que serão necessários para a perfeita compreensão sobre o tema exposto no artigo. Os conceitos fundamentais teóricos nortearão as conclusões tiradas no trabalho.

Posteriormente serão apresentados os conceitos propriamente ditos de buscas e quais os requisitos para que sejam válidas, e, conseqüentemente, admitidas como meio de obtenção de prova, que será utilizada posteriormente no processo penal. Os conceitos indeterminados como acontece com a busca pessoal e a fundada suspeita, em que o próprio ordenamento jurídico não define os conceitos, que fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, em sede de julgamento de casos concretos, defini-los como também nortear a interpretação que deve ser atribuída a atividade dos agentes incumbidos de executar as buscas.

Conclui-se com a apresentação e análise de jurisprudências recentes sobre o tema que as buscas são instrumentos necessários à garantia da segurança pública e instrução probatória do processo. Concentrando-se especificamente em determinar qual o alcance que deve ser atribuído, a título de interpretação dos conceitos tratados no código de processo penal, e buscou-se significá-los com os casos concretos do cotidiano.

A metodologia adotada para este estudo é a pesquisa bibliográfica, na qual serão consultadas fontes como doutrinas de juristas renomados no

assunto, artigos científicos sobre o tema, pesquisa de jurisprudência correlata.

2 TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal, enquanto direito adjetivo, consiste em regras que ditam e regulam a existência dos processos, assim como o modo como estes se iniciam, desenvolvem-se e findam-se. O processo penal é uma reconstrução de um fato pretérito com implicação jurídica para as partes, sendo, dessa forma, baseado numa reconstituição de um fato ocorrido para instruir o julgador que irá apreciar o caso. Através das provas apresentadas no processo é que o julgador estará subsidiado para decidir sobre o fato, recaindo as provas, portanto, em regra, sobre fatos, já que sobre o direito impera o princípio *iura novit curia* (o tribunal conhece o direito).

A palavra Prova tem sua origem do latim (*probatio*), que significa verificação, inspeção, ensaio, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar (*probare*), significando evidenciar, demonstrar a verdade, demonstrar autenticidade, revelar, ensaiar, verificar. A doutrina divide basicamente em três sentidos o termo prova utilizado no processo penal, sendo eles: como ato de provar: é a parte do processo no qual se verifica a verdade alegada pela parte integrante do processo, também chamada de fase probatória; como meio: aqui, a prova tem o sentido de ser o meio ou instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, sendo utilizada não como um fim em si mesma, mas como um meio para se chegar à verdade no processo, como quando se utiliza da prova testemunhal; como resultado da ação de provar: é o resultado obtido através da análise dos instrumentos de prova apresentados pelas partes e que demonstram a verdade de um fato. Lembra-se de que no âmbito penal o objetivo é a busca da verdade, que, no processo penal, é denominada verdade real, material, ou substancial, diferente do que ocorre com o processo civil, pois este busca a verdade formal ou instrumental.

O tema prova é tratado no Código de Processo Penal no Título VII, que possui XI capítulos, cujos artigos vão do 155 ao 251 do referido código. Assevera-se que o rol trazido pelo código não é taxativo (*numerus clausus*), ou

seja, as formas ali previstas não limitam todos os elementos ou situações expressamente indicados nos capítulos, portanto, não exauram todos os meios de prova admitidos que podem ser ampliados por legislação extravagante.

2.1 MEIOS E FINALIDADE DAS PROVAS

Segundo Guilherme de Sousa Nucci (2016), renomado jurista brasileiro, meios de provas são todos os recursos de que dispõe as partes para alcançar a verdade real dos fatos narrados no processo, sendo, pois, o instrumento ou procedimento pelo qual chegam ao julgador os elementos de convicção certos ou prováveis que dizem respeito a um fato criminoso. Ainda segundo o jurista os meios de provas dividem-se em provas lícitas, aquelas que são admitidas pelo ordenamento jurídico, e as ilícitas, as quais são contrárias ao ordenamento jurídico, não se resumindo estas apenas ao que for expressamente proibido pelo ordenamento, mas engloba-se também todos os meios que forem antiéticos, imorais, que atentem à dignidade da pessoa humana, sejam contrárias aos bons costumes e aos princípios gerais do direito.

As provas que não forem vedadas conforme foi explicitado acima serão válidas e poderão ser utilizadas no processo. A exceção que o próprio código traz diz respeito por expressa vedação do art. 155, parágrafo único, recai sobre provas sobre o estado das pessoas, dessa forma, quando houver prova sobre idade, filiação, casamento, cidadania, entre outros, deverá ser observada a lei civil. A título de exemplo, para que se faça prova de estado civil casado, a regra é que deve ser feita pela apresentação de certidão de registro civil, observando as regras da lei civil.

A legislação especial também pode trazer meios de provas que não estejam estabelecidos no Código de Processo Penal, como ocorre com a Lei 12.850/2013, conhecida popularmente como Lei da Organização Criminosa. Em seu artigo 3.º a referida lei dispõe que: “em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, semprejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais

constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

A finalidade principal das provas no processo penal é convencer o magistrado acerca da verdade de um fato que é apresentado no processo. A verdade buscada no processo é a chamada verdade processual, aquela que é possível de ser vislumbrada e tem versossimilhança, ainda que corresponda ou não à realidade do fato ocorrido. O jurista Tourinho Filho reitera a finalidade da prova, afirmando que “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide.

Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma”. Dessa forma, a prova são as armas de que dispõem as partes no processo a fim de que possam influir na convicção do juiz, este se servirá daquelas para averiguar se as alegações estão fundamentadas no conjunto probatorio como um todo e consiste no meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

2.2 ÔNUS DA PROVA

A palavra Onus ônus tem origem no latim – *onus* – e significa: fardo, carga, peso. Assim, quando se fala do ônus da prova, significa afirmar que determinado sujeito processual tem o encargo de provar. Ônus da prova conforme ensina Gustavo Badaro é a “posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um

resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito”.

No direito processual penal brasileiro, em virtude do princípio Constitucional da presunção de inocência previsto no Artigo 5º, inciso LVII, do texto constitucional, como regra o ônus da prova é da acusação, a qual formulará e apresentará a imputação do fato criminoso, seja através de denúncia ou de queixa-crime, o qual também é previsto na parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

O princípio da presunção de inocência foi inaugurado no Art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, asseverando que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado. Posteriormente foi ratificado também no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, o qual dispõe em seu Art. 14, item 2, que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

O referido princípio também foi promulgado no Brasil a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu Art. 8º, item 2, o qual versou que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Entretanto, a presunção de inocência constante na Constituição é mais garantista do que os referidos diplomas internacionais, já que amplia de forma significativa o princípio afirmando que “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Ou seja, ainda que penda decisão do recurso contra a decisão condenatória proferida, o indivíduo continua com a presunção de inocência, não mais o sendo apenas com o trânsito em julgado, quando a decisão não for mais recorrível.

Afirmou-se acima que o ônus da prova cabe à acusação em regra, entretanto, é de se notar que existem exceções em que o réu deverá ter o

interesse de produzir prova. A exceção recai sobre as excludentes de ilicitude e culpabilidade, pois as decisoes do Supremo Tribunal de Justiça ((AgRg no REsp 871.739/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008), como também em muitas outras decisoes, tanto os Juízes quanto os Tribunais normalmente consideram que as excludentes de ilicitude e de culpabilidade devem ser provadas pela defesa.

Ou seja, aqui o onus de provar não seria de incumbência do Ministério Público, mas da defesa que deverá provar que no caso concreto o acusado agiu amparado por alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Tal posição, a despeito das varias decisoes nesse sentido, é duramente criticada pela doutrina penalista que afirma uma indevida equiparação entre norma infraconstitucional(Código de Processo Penal) e o que prevê a constituição com o principio da presunção de inocencia.

É que a Constituição Federal não traz nenhuma previsão específica relacionada com a tal inversão do ônus probatório, mas o Código de Processo Penal, de outra forma, prevê em sua parte inicial do art. 156, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Dessa forma, tal interpretação da jurisprudencia baseia-se apenas no Códgio de Processo Penal como se houvesse a preponderância do Código de Processo Penal em detrimento da Constituição Federal, quando na verdade a norma infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Constituicao, conforme Rangel (2011, p. 498) destaca: é imprescindível que se observe a norma processual (art. 156 do Código de Processo Penal) tendo como parâmetro a Constituição Federal em sua integralidade – e não o contrário –, haja vista a evidente posição de supremacia do texto constitucional em relação ao ordenamento jurídico infraconstitucional.

2.3 PROVAS ILÍCITAS

Dispõe o art. 5.º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Dessa forma, quando a Carta Magna utiliza o termo “no processo” envolve todos os processos, sejam civis, penais, militares, administrativos e etc. Tal inadmissibilidade das provas ilícitas visa inibir a produção de práticas de produção de prova que são ilegais,

exercendo, assim, um controle na atividade estatal, assegurando direitos fundamentais, como o direito à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade de domicílio e de correspondência, que se não forem garantidos poderão ser violados durante as investigações ou durante o processo penal.

Em 2008 com a Lei 11.690 houve a alteração do artigo 157 do CPP, a qual estipulou relevantes balizas sobre a forma com que devem ser avaliadas as provas ilícitas. Inicialmente, a expressão “provas ilícitas” tornou-se gênero do qual derivam duas espécies: as obtidas com violação a normas constitucionais; as obtidas com violação a normas legais. As primeiras são aquelas que são obtidas infringindo o texto da Constituição Federal, a exemplo da tortura como meio de obtenção de uma confissão, contrariando o que expressamente dispõe o texto constitucional em seu artigo cinco, inciso III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. As segundas são aquelas que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. O exemplo do que ocorre com uma prova que foi obtida através de um laudo produzido por um só perito não oficial, afrontando o que dispõe o artigo 159, § 1º.

A referida reforma de 2008 trouxe também a ideia de ilicitude por derivação (“frutos da árvore envenenada”, também chamada de “efeito à distância”, que tem origem no preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”). As provas que forem derivadas daquelas que foram produzidas com infringência dos preceitos, seja constitucional ou legal, também são consideradas ilícitas e devem ser desentranhadas do processo, conforme se estabelece no artigo 157, § 1.º, CPP. Dessa forma, considera-se que a prova ilícita não pode gerar outra(s) que se tornem lícitas, então, todas as provas que sejam derivadas da ilícita são igualmente inadmissíveis. O próprio Código de Processo Penal traz a exceção ao desentranhamento da prova derivada da ilícita que é a prova que pode ser obtida por fonte independente.

Define o art. 157, § 2.º, do CPP, a fonte independente: “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Então, se a prova originária puder ser obtida por uma fonte independente lícita, esta não

impedira que a derivada seja utilizada no processo. Por exemplo, uma escuta é colocada ilegalmente em determinado local, e através dela se chega ao conhecimento da existência e localização de uma arma de fogo de uso restrito a qual o investigado não possui posse ou porte legal.

Porém, tal armamento foi encontrado de posse do investigado em uma busca pessoal realizada pela polícia militar em uma abordagem de rotina. Então, se tal armamento fosse apreendido unicamente pela informação obtida a partir da escuta ilegal, seria esta apreensão ilícita por derivação. Mas, como ela foi apreendida por fonte independente da escuta (abordagem policial), poderá ser utilizado como prova lícita no processo penal.

Sobre a admissibilidade das provas ilícitas encontramos três principais correntes doutrinárias que embasam se é ou não admissível no processo penal as provas ilícitas. A primeira corrente sustenta que há uma inadmissibilidade absoluta de tais provas, defendendo tal posição com base no texto constitucional já mencionado acima no artigo art. 5º, LVI. Tal vedação absoluta é mais forte quando se fala em casos de obtenção da prova violando direitos constitucionalmente assegurados. Os que defendem tal teoria afirmam ainda que a vedação não admite exceções ou mesmo relativização.

Já a segunda corrente defende a admissibilidade da prova ilícita utilizando-se do princípio da proporcionalidade (teoria da razoabilidade” ou “teoria do interesse predominante”). Para os adeptos dessa corrente de pensamento, a prova ilícita em determinados casos poderia ser admitida levando-se em consideração a relevância do interesse público a ser protegido no caso concreto. Dessa forma, em alguns casos excepcionais, quando, tanto a obtenção quanto a admissão forem a única forma possível de salvaguardar outros valores fundamentais poderia se utilizar de tais provas.

Há, ainda, a terceira corrente que defende a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *Pro Reo*. Para os que defendem tal tese, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada somente quando fosse, no caso concreto, favorável ao réu. Nesse caso, há uma ponderação de interesses que é feita em cada caso em que há o conflito entre o direito de liberdade de um indivíduo e um outro direito sacrificado para obtenção da prova de uma eventual inocência. Tal caso pode ser observado quando um indivíduo injustamente

acusado de um delito que não cometeu viola o direito à comunicação de um outrem para obter uma prova de sua inocência. Tal posição é defendida por Greco Filho, afirmando que: “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.

3 BUSCA DOMICILIAR, PESSOAL E VEICULAR

3.1 BUSCA DOMICILIAR

O capítulo XI do título VII do Código de Processo Penal intitulado “Da busca e da apreensão” inaugura o tópico relativo às buscas, as quais podem se dar tanto na fase investigatória (inquerito policial) quanto no curso do processo, e, de forma excepcional, durante o cumprimento de pena conforme o artigo 145 da Lei de Execuções Penais.

A busca, conforme leitura do artigo prevista no art. 240 poderá ser domiciliar ou pessoal. A domiciliar prevista no § 1º, do CPP somente poderá ocorrer quando houver um mandado judicial a autorizando, sob pena de o agente ou autoridade policial incorrer no crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898) e o resultado de tal diligência será considerado prova ilícita.

O conceito de domicílio, de maneira diferente do que ocorre com o Código Civil, deve ser interpretado com o máximo de amplitude possível, não se restringindo ao que diz o art. 70 do código civil, referindo-se domicílio como a residência com ânimo definitivo. Dessa interpretação defendida por Guilherme de Souza Nucci, equipara-se portanto o domicílio à casa ou à habitação coletiva, aos cômodos de um prédio, abrangendo o quintal, bem como envolve o quarto de hotel, regularmente ocupado, o escritório do advogado ou de outro profissional, quarto de pensão, entre outros lugares fechados que são destinados à morada de alguém.

O próprio § 1º afirma que a busca domiciliar será executada quando fundadas razões a autorizarem. O ponto crucial aqui é que o código deixa tal expressão vaga e ambígua sem significado exposto, levando-o à subjetividade e ao arbítrio do Juiz, que deve pautar-se pelas provas de autoria e materialidade

do fato criminoso, sob pena de banalizar tal medida que é tao invasiva. A finalidade da busca domiciliar é exposta nas alienas que se seguem, afirmando o código a finalidade de: prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; 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; apreender pessoas vítimas de crimes; colher qualquer elemento de convicção.

Então, os requisitos para a busca domiciliar são: consentimento válido do morador, durante o dia ou noite; em caso de flagrante delito, durante o dia ou noite; com ordem judicial, durante o dia. Lembrando que tais requisitos são alternativos, bastando a ocorrência de apenas um deles para autorizar a busca. Eventual busca ilegal no domicílio é punida com base no art. 150 do Código Penal (violação de domicílio) ou com fundamento no art. 3.º, b, da Lei 4.898/65 (abuso de autoridade), conforme o caso concreto.

3.2 BUSCA PESSOAL

A busca pessoal tem fundamento no art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal, afirmando o texto que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O termo pessoal é interpretado como o que pertence ou se refere a pessoa, enquanto busca será neste tipo o contato direto com o corpo ou pertences que o individuo traz consigo, como celular, bolsa, carro, etc. Acrescenta-se que a busca que é feita em veículo é equiparada à pessoa, não necessitando também de mandado judicial, ressalvados os casos específicos de veículos que são destinados à habitacao do individuo como trailers , boleia do caminhão, entre outros.

Segundo o artigo 244 do Código de Processo penal, a busca pessoal independe de mandado judicial nos casos de prisão do individuo 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. Tal tipo de busca dispensa o mandado judicial diante da urgência em que a situação está contida, já que não seria razoável aguardar o policial um mandado diante de um indivíduo que traz consigo uma arma de fogo em desacordo com a legislação, por exemplo. Porém, deve haver diligência quando da utilização desse tipo de busca devido ao ato ser constrangedor para quem sofre a busca, devendo a autoridade que a fizer a utilizar quando houver a fundada suspeita, conforme disposto em lei. Para que seja autorizada a busca deve existir a fundada suspeita.

A suspeita, que é apenas uma desconfiança, conjectura, hipótese, meramente intuitiva deve ser fundada, ou seja, concreta, palpável, verossímil, seguro. Dessa forma, quando uma autoridade desconfiar de alguém para proceder à busca, não poderá fundamentar sua decisão apenas, em sua experiência ou tirocínio, necessita, ainda, de algo mais concreto, como a visualização de um objeto na cintura do indivíduo que assemelha-se nitidamente à uma arma de fogo ou uma denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta um instrumento usado para o cometimento do delito.

Na busca pessoal, a abordagem policial consistirá em verificação de roupas, veículo(s), pertences móveis que o indivíduo traz consigo como carteira, bolsa, mochila, além do próprio corpo do sujeito abordado. A verificação do corpo do abordado tem o fito de verificar se o indivíduo traz consigo qualquer corpo de delito, como tem ocorrido nos casos dos crimes da lei 11.343 (Lei de drogas), em que os acusados trazem consigo nas nádegas ou nos seios o material entorpecente.

O artigo art. 249 do Código de Processo Penal afirma que a busca pessoal realizada em mulher deve ser realizada preferencialmente por outra mulher, demonstrando claramente o preconceito que existe em relação ao homem como um “propenso molestador sexual”, já que não se previu o contrário, isto é, que a busca em homem seja sempre feita por homem. Tal dispositivo seria dispensável, caso o agente da autoridade atuasse sempre com extremo profissionalismo e mantendo-se no absoluto respeito à intimidade alheia. No entanto, o próprio artigo destaca que se houver retardamento ou

prejuízo para a diligencia pode ser feita por homem para revistar a suspeita ou acusada.

Se o agente exceder os limites do que autoriza a norma processual penal para as buscas poderá ser incurso em duas infrações. Tanto a Infração funcional, quando não houver elemento subjetivo específico, em que será punido na esfera administrativa, como também na esfera penal, quando houver a manifestação nítida ou dolo específico de abusar de sua condição de autoridade, e nesse caso será processado na lei de abuso de autoridade, pode-se usar o disposto, também em caráter genérico, nos arts. 3.º, a, i, j, e 4.º, a, b, da Lei 4.898/65, conforme o caso.

Os agentes autorizados a realizar busca pessoal são aqueles previstos no texto constitucional incursos no rol da segurança pública, os quais são: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares (art. 144, CF). Desse modo, as guardas municipais, em tese, não estariam no rol dos órgãos de segurança pública e por esse motivo não poderiam realizar buscas. Em tese, porque com decisões emblemáticas do STF, como a ADPF 995, a Reclamação 61.542 e a ADI 5780 e outras, que afirmam que o rol do artigo 144 da Constituição não é taxativo, o que abriu espaço para a inclusão das guardas municipais como órgãos de segurança pública. Essa equiparação assevera que as guardas municipais possuem não apenas a responsabilidade de proteger o patrimônio público, como consta seu papel na constituição Federal, mas também de garantir a segurança dos cidadãos, atuando de forma integrada com os demais órgãos de segurança pública.

Após a inclusão da guarda municipal no rol dos órgãos que compoem a segurança pública, o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo de forma diferente sobre o tema. Isso porque a 6ª Turma da corte já firmou entendimentos de que a possibilidade de busca pessoal das guardas está restrita à “relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais”. Com esse entendimento, diversos casos foram julgados nos últimos anos, e a tese que tem prevalecido é a de que as guardas, apesar de pertencerem à segurança do país, não têm poder de polícia e por isso não

podem realizar buscas pessoais.

Porém, em decisão recente do ministro do Supremo Tribunal Federal Flávio Dino, a qual derrubou decisão do Superior Tribunal de Justiça e definiu que as Guardas Civis Municipais poderão realizar buscas. A decisão se deu em análise de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. No caso, o Min. Flávio Dino reverteu decisão do Superior Tribunal de Justiça e manteve acórdão que condenou um homem por roubo a partir de abordagem da Guarda Civil Metropolitana de São Paulo. A reclamação contra o Habeas Corpus concedido pelo STJ foi interposta pela Associação Nacional de Altos Estudos de Guarda Municipal e pelo Sindicato dos Guardas Municipais de Campo Grande (SINDGM-CG). Desse modo, com o reconhecimento das guardas municipais como órgão de segurança pública assim como as polícias, significa dizer que tais profissionais agora têm a autoridade para realizar buscas tal qual os demais integrantes do SUSP.

3.3 BUSCA VEICULAR

A busca veicular tem legitimidade na busca pessoal, como já falado anteriormente, portanto a busca pessoal também vai legitimar a busca em automóveis, não havendo qualquer necessidade de ordem judicial. Assim, a autoridade policial (civil, militar ou federal) poderá proceder à revista em automóveis, caminhões, ônibus, vans etc., a qualquer hora do dia ou da noite, sem a necessidade de mandado judicial, bastando, como já observado no capítulo anterior, para tanto, que haja a “fundada suspeita” de que alguém possa estar ocultando consigo qualquer corpo de delito, armas, ou qualquer material ilícito.

Entretanto, existe exceção à regra de que poderá haver a busca veicular como uma forma de busca pessoal, é no caso do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os trailers, motorhome, cabines de caminhão, barcos, entre outros. É que nesses casos o veículo é utilizado como moradia do indivíduo e por isso se reveste de todas as prerrogativas inerentes ao domicílio. Nesse caso a busca seguirá conforme todas as disposições já faladas quanto à busca domiciliar. Cabe ressaltar ainda que se o agente

proceder à busca nesses determinados veículos destinados à habitação poderá responder a autoridade com base na Lei nº. 13.869/19, que define os crimes de abuso de autoridade, pois esta tipifica em seu artigo 25 como ilícito penal o fato de se “proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito.”

4 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DE CASOS CONCRETOS QUE AUTORIZAM A BUSCA PESSOAL

A fundada suspeita, como foi explanda ao longo do texto, não foi especificamente definida no Código de Processo Penal quando se fala em busca pessoal, ficando a cargo tanto da doutrina como das jurisprudencias disporem sobre o que seriam as situações que a caracterizam e em quais situações há a autorização para a busca pessoal baseada nesta expressão de sentido vago e subjetivo. Dentre as decisões mais recentes acerca do tema, a seguir serão expostos alguns casos concretos nos quais houve a caracterização da fundada suspeita e por esse motivo a ação policial foi legítima.

4.1 DENÚNCIA ANÔNIMA

A denúncia anônima, também chamada de “notitia criminis inqualificada”, é o termo utilizado para descrever a conduta do indivíduo que através do canal “disque-denúncias” ou por aplicativo de que dispoem as forcas de segunça publica relata um fato criminoso que aconteceu ou está acontecendo sem a intenção de se indentificar. Apesar de o termo ser muito conhecido como “denúncia anônima”, tal não é o mais adequado no aspecto jurídico, devendo ser utilizada a expressão “delação apócrifa”, citada pela doutrina como a mais correta, já que o termo “denúncia” consiste no ato que instaura uma ação penal pelo Ministério Público.

Chegou à Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o processo de Habeas Corpus 889618 (2024/0036526-9 de 26/04/2024) , em que um indivíduo foi preso após umab busca pessoal feita com base numa denúncia anônima de que um homem estaria com uma sacola de drogas em via pública,

os policiais militares foram ao local. De acordo com o processo, o suspeito tentou fugir ao ver a viatura policial, mas foi alcançado. Com o acusado foram apreendidos pelos agentes 138,3 g de maconha, 26,2 g de crack e 18,9 g de cocaína.

O STJ manteve a condenação do acusado e reforçou o entendimento de que denúncia anônima ou intuição baseada apenas na prática policial, também chamada de tirocínio policial, não são suficientes para embasar a busca pessoal. Porém, o colegiado afirmou que no caso concreto em comento havia a fundada suspeita autorazidora da busca pessoal e afastou a tese defensiva de ilegalidade das provas. Neste caso, o juízo de primeira instância houvera fixado a pena cinco anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, decisão esta que foi confirmada pela segunda Instância com base na quantidade e variedade de drogas que foram apreendidas.

Em habeas corpus no STJ, a defesa alegou nulidade das provas obtidas por meio da busca pessoal fundada na denuncia anônima como também na fuga ao avistar a viatura policial, como também requereu que a pena fosse abrandada já que o réu era primário e de bons antecedentes. O relator, ministro Sebastião Reis Junior, trouxe à tona que a Sexta Turma, interpretando o artigo 244 do Código de Processo Penal no julgamento do RHC 158.580, estabeleceu alguns critérios para realização da busca pessoal.

Citando o precedente, a realização de busca pessoal ou veicular sem mandado judicial exige a existência de fundada suspeita (justa causa) de que a pessoa esteja na posse de drogas, armas ou outros objetos que indiquem a prática de crime, evidenciando-se a urgência de execução da diligência. Para a Sexta Turma, essa fundada suspeita deve se basear em um juízo de probabilidade descrito com precisão e aferido de modo objetivo, justificado por indícios e circunstâncias do caso concreto. Asseverando o colegiado que as denúncias anônimas e as impressões subjetivas baseadas exclusivamente na prática policial não satisfazem, por si sós, a exigência legal. Para Sebastião Reis Junior, relator do caso, neste caso concreto a denuncia anonima junto com a tentativa de fuga justificou a fundada suspeita de que o homem trazia consigo objetos ilícitos, o que legitimou a busca pessoal em via pública e assegurou a legalidade das provas obtidas.

4.2 DEMONSTRAR NERVOSISMO

A quinta turma do Superior Tribunal de Justiça no processo de HC 900.035 chegou à decisão unânime de que é válida busca pessoal a homem que demonstrou nervosismo, passando apressadamente ao mesmo tempo que demonstrou inequívoco nervosismo, ensejando assim a a abordagem policial e conseqüente busca pessoal que resultou na apreensão de comprimidos de êxtase. A decisão da 5ª turma do STJ assevera que o contexto que levou à busca pessoal revela dados concretos, objetivos e idôneos aptos a legitimar as diligências. Sobre o caso, que foi autuado no STJ em 21 de março de 2024, tem o relato de que um homem estava em uma motocicleta e demonstrou nervosismo, saindo apressadamente da presença do policial quando avistado, e por esse motivo houve a busca pessoal em função daquela suspeita que existia.

A defesa do acusado sustentou no tribunal que o nervosismo não é capaz de legitimar a busca pessoal. Porém, o tribunal considerou a abordagem devida, pois que o policial narrou, de forma inequívoca e coerente, que visualizou o homem passar por apressadamente e que demonstrara certo nervosismo ao se aproximar de uma motocicleta que ali estava estacionada, o que ensejou a abordagem policial e busca pessoal. Com o acusado foram apreendidos 150 comprimidos de êxtase (pesando aproximadamente 71,9 gramas) além de um notebook, a quantidade de R\$ 386 e dois aparelhos celulares.

O Relator do caso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca considerou manifesta a existência de fundadas razões para abordagem do homem, uma vez que ele passou apressadamente pelo policial, demonstrando nervosismo ao se aproximar de uma motocicleta que ali estava estacionada e desse modo, a busca pessoal traduziu o exercício regular da atividade policial. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes: "se um agente do Estado não puder realizar a abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fugas, gesticulações, e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública."

4.3 FUGA AO AVISTAR VIATURA DE POLÍCIA

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que, se uma pessoa em viapública foge correndo repentinamente ao avistar a polícia, esse fato pode autorizar a realização de busca pessoal. Entretanto, para se aferir a legalidade da busca deve ser feito um exame do caso concreto já que ela costuma ser justificada com base apenas no depoimento dos policiais.

O STJ com esse entendimento negou um habeas corpus HC nº 877943 / MS a um homem que foi preso em flagrante após os policiais, através da revista pessoal, terem encontrado drogas em seu poder. De acordo com o relato dos policiais, o acusado correu repentinamente na direção de um terreno baldio ao avistar a viatura da polícia, atitude que levantou a suspeita dos policiais que o seguiram e realizaram a busca pessoal. Nas instâncias ordinárias, a alegação de nulidade da prova obtida na busca pessoal foi afastada e o condenaram pelo crime de tráfico de drogas. Ao STJ, a defesa em sede de habeas corpus, argumentou que a revista se deu de forma ilegal, pois a fuga não seria motivo suficiente para justificar o procedimento.

O ministro Rogerio Schietti Cruz, relator do processo, afirmou que o STJ está alinhado com o Supremo Tribunal Federal que tem precedentes que afirmam a necessidade de razões objetivas para a realização da busca pessoal (RHC 158.580). No caso em análise, acompanhando o relator, a Terceira Seção concluiu que a ação dos policiais foi legítima e que se configurou a fundada suspeita com a fuga do indivíduo para um terreno baldio, suspeitando os policiais de que o homem estivesse na posse de algo ilegal. O ministro ainda reitera que as buscas pessoais são invasivas e que algumas delas eventualmente podem ser quase tão constrangedoras quanto buscas domiciliares; no entanto, não há como negar a diferença jurídica de tratamento entre as medidas, pois a inviolabilidade do domicílio é resguardada expressamente por normas internacionais e pela Constituição Federal.

Enquanto as buscas pessoais, apesar de evidentemente não poderem ser realizadas sem critério legítimo, o que a lei exige é a presença de fundada suspeita da posse de objeto que constitua corpo de delito, isto é, uma suspeição razoavelmente amparada em algo sólido, concreto e objetivo, que

se diferencie da mera suspeita intuitiva e subjetiva, explicou o ministro.

O ministro Schietti relata ainda que a fuga é fato objetivo capaz de gerar suspeita razoável, tal fuga repentina do suspeito ao avistar a guarnição policial, não configura, por si só, flagrante delito ou justificativa para flexibilizar a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, mas de conduta intensa e marcante que consiste em fato objetivo, não meramente subjetivo ou intuitivo, mas que é visível, controlável pelo Judiciário e que, embora possa ter outras explicações, no mínimo gera suspeita razoável. O ministro ainda diferencia o ato de fugir correndo, o qual indica suspeição bem mais do que gestos sutis como desviar o olhar ou mudar a direção ou o passo ao caminhar, estes, sim, insuficientes para justificar uma suspeição e autorizar a busca pessoal.

4.4 FUGA PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA

A 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, entendeu que foi justificada a entrada em um domicílio sem o mandado judicial, justificado pelos policiais que o indivíduo fugiu para o interior da residência. Assim, seguindo o voto do relator, ministro Flávio Dino, o colegiado reformou decisão da 5ª turma do STJ e afirmou serem válidas as provas obtidas contra o acusado que derivaram das buscas domiciliar e pessoal.

O recurso ora analisado tinha por fim debater acerca da existência, ou não, de causa legítima para o ingresso dos policiais na residência do acusado, com o qual foram encontrados material entorpecente, vindo a ser acusado pelo crime de tráfico de drogas.

O STJ inicialmente considerou que o ingresso dos policiais e consequente busca domiciliar e pessoal efetuadas houvera sido feita com base apenas na fuga do acusado para o interior de sua residência seria ilegal. Segundo o STJ não haveria justa causa que autorizasse a entrada e por esse motivo as provas obtidas com a busca e apreensão foram consideradas ilícitas e portanto anuladas. Entretanto, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul recorreu ao Supremo, mas na época em que foi interposto o Recurso Extraordinário, o relator, ministro relator, Luís Roberto Barroso, negou

seguimento ao RE, alegando a súmula 279 - segundo a qual, para simples reexame de prova, não cabe o recurso extraordinário.

O ministro Flávio Dino, ao substituir o relator, incluiu o processo em pauta e considerou que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não está alinhado à orientação da Suprema Corte, apontando o tema 280 do STF, no qual a Corte fixou que "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". No caso em comento, disse o ministro, "o Tribunal recorrido desconsiderou a conduta suspeita do réu que, ao avistar a chegada da polícia, empreendeu fuga". Ele destacou que, nessas circunstâncias, a Suprema Corte tem entendido que estão presentes fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indicam que dentro da casa ocorria situação de flagrante delito, o que de fato ocorreu. Dessa forma, deu provimento ao agravo e ao RE para cassar o acórdão proferido pelo STF no AgRg no HC 785.868, e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento da ação penal 5075337-13.2021.8.21.0001, da 9ª vara criminal de Porto Alegre/RS.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto no artigo, conclui-se que os tipos de buscas previstos no Código de Processo Penal são meios de obtenção de prova de que dispõem os agentes encarregados de executá-las para subsidiar o processo penal. Tal meio de prova quando feitas de acordo não só com o que prevê a legislação sobre o assunto como também de acordo com a orientação jurisprudencial mais recente sobre o tema tem fundamental importância para eventual na condução do processo penal e convencimento do julgador sobre a legalidade da prova obtida através desses meios de prova.

Ainda sobre o conteúdo do artigo ora exposto, vê-se que conceito de fundada suspeita trazido pela legislação, outrora analisado sob aspectos subjetivos e frágeis de serem embasados, hoje amparado tanto na jurisprudência sobre o conteúdo e definição do tema, como também na doutrina

que conceitua o assunto em critérios objetivos, palpáveis, concretos, são facilmente analisados, sendo possível de serem analisados juridicamente, evitando-se os excessos decorrentes de condutas dos agentes incumbidos da execução das buscas e resguardando os direitos constitucionais dos envolvidos, responsabilizando-se aqueles que se excederem quando da utilização desse meio de prova.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 889618. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA ABORDAGEM POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. EVASÃO DO ACUSADO EM POSSE DE SACOLA AO AVISTAR OS POLICIAIS E POSTERIOR ABORDAGEM EM VIA PÚBLICA. FUNDADAS RAZÕES. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 23 de abril de 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400365269&dt_publicacao=26/04/2024. Acesso em: 20 abril. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 900.035. HABEAS CORPUS. É VALIDA A BUSCA PESSOAL A HOMEM QUE DEMONSTROU NERVOSISMO.(...) Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, 11 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/portalcas/news/722/138538/e-valida-busca-pessoal-a-homem-que-demonstrou-nervosismo-fixa-stj/413>. Acesso em: 20 abril. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 877.943. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. ART. 244 DO CPP. FUGA DO RÉU AO AVISTAR A GUARNIÇÃO POLICIAL. FUNDADA SUSPEITA QUANTO À POSSE DE CORPO DE DELITO. CONFIGURAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS LÍCITAS. ORDEM DENEGADA. Relator: Rogério SCHIETTI Cruz. Brasília, 18 de abril de 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20877943>. Acesso em: 20 abril. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.447.090 Rio Grande do Sul. Direito penal e processual penal. Ingresso em domicílio. Fuga do investigado. Fundadas razões para a entrada no imóvel devidamente comprovadas a posteriori. Acórdão recorrido em divergência com a jurisprudência do stf. Justa causa configurada.interpretação do tema nº 280 da repercussão geral(...). Relator: Flávio Dino. Brasília, 13 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6683488>. Acesso

em: 20 abril. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.896, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm#art45.

Acesso em 5 de abril de 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, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 mar. 2024

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 abr. 2024.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no processo penal**. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2038.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.

NUCCI, Guilher de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11 .ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Juliana Duclerc Costa. **Provas ilícitas no processo penal brasileiro: admissibilidade ou inadmissibilidade?**. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/JulianaDuclercCostaReis.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.