

A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR E PESSOAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL À LUZ DA LEI 13.869/2019

HOUSEHOLD AND PERSONAL SEARCH AND SEIZURE AS A MEANS OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER LAW 13.869/2019

Almir Santos Reis Junior^{1*}, Ana Carolina Bispo Pontara², Gilciane Allen Baretta³

¹ Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Universidade Estadual de Maringá, Paraná, Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Católica de Moçambique, e-mail: almir.crime@gmail.com

² Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, Paraná, Brasil, e-mail: ana-pontara@hotmail.com

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; docente da Universidade Estadual de Maringá, Paraná, Brasil, e-mail: gabaretta@uem.br

* Autor de correspondência

Resumo

O presente trabalho apresentará o resultado do estudo sobre a busca e apreensão como meio de prova no processo penal à luz da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade). Este se valeu de uma análise de pesquisa bibliográfica voltada ao tema, utilizando o método hipotético dedutivo, de forma qualitativa, pautando-se em obras literárias e científicas já publicadas, bem como em legislação e precedentes, analisando as problematizações e discussões e buscando um conhecimento mais amplo e sólido sobre o tema apresentado. Trata-se da busca e apreensão como meio de obtenção de prova e se delimita as espécies tratadas pelo Código de Processo Penal, dando ênfase à busca e apreensão pessoal e domiciliar. São abordados ainda os limites da busca e apreensão, a forma de sua realização, assim como os pressupostos para obtenção de uma diligência válida. Realiza-se uma análise da busca e apreensão à luz da Lei 13.869/2019, enfrentando a forma como são realizadas as abordagens policiais, o modo pelo qual se faz o ingresso em residências, a (im)prescindibilidade do mandado judicial para tanto, a discricionariedade na realização de abordagens e os crimes de abuso de autoridade cometidos no contexto da busca e apreensão para a obtenção de provas. Foi possível concluir pela existência de arbitrariedades na realização de tais diligências, pela dificuldade probatória da existência desses crimes, assim como pela ausência de instrumentos específicos que penalizem determinadas condutas.

Palavras-Chaves: direitos fundamentais; busca e apreensão; abuso de autoridade.

Abstract

The present tract will present the result of the study on search and seizure as a means of evidence in criminal proceedings in the light of Law 13.869/2019 (Law on Abuse of Authority). The research made use of an analysis of bibliographic research focused on the subject, using the hypothetical deductive method, in a qualitative way, based on literary and scientific works already published, as well as on legislation and precedents, analyzing the problematizations and discussions, seeking a broader and more solid knowledge on the presented topic. It is about search and seizure as a means of obtaining evidence, as well as delimiting the types dealt with by the Criminal Procedure Code, emphasizing personal and household search and seizure. We still discuss the limits of search and seizure, the way of carrying it out, as well as the assumptions for obtaining a valid diligence. An analysis of the search and seizure is carried out in the light of Law 13.869/2019, facing the way in which police approaches are carried out, the way in which the entry into residences is made, the (im)dispensability of the warrant for this, the discretion in carrying out approaches and the crimes of abuse of authority committed in the context of the search and seizure to obtain evidence. It was possible to conclude by the existence of arbitrariness in carrying out such investigations, by the difficulty in proving the existence of these crimes, as well as by the absence of specific instruments that penalize certain conducts.

Key words: fundamental rights; search and seizure; abuse of authority.

©UNIS-MG. All rights reserved.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a busca e apreensão domiciliar e pessoal como meio de obtenção de prova no direito processual penal à luz da nova lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019).

A reflexão acerca da realização da busca e apreensão no processo penal respeitando os direitos e garantias fundamentais, além dos seus fundamentos legais, é de grande valia, uma vez que é possível notar a ocorrência de abordagens policiais, tanto pessoais quanto domiciliares, de forma abusiva. Para além disso, diante da considerável atualidade da promulgação da nova lei de abuso de autoridade, em 2019, que alterou as hipóteses de criminalização ou não de determinadas condutas realizadas por autoridades, torna-se pertinente a abordagem do tema.

Pela vertente constitucional pretende-se abordar os direitos e garantias fundamentais que permeiam a matéria, assim como busca-se delimitar as espécies de busca e apreensão elencadas no Código de Processo Penal, especialmente a pessoal e domiciliar.

Ademais, far-se-á análise da busca e apreensão à luz da Lei 13.869/2019, no que se refere à forma como são realizadas as abordagens policiais, como se faz o ingresso em residências, a (im)prescindibilidade do mandado para tanto e os crimes de abuso de autoridade cometidos no contexto da busca e apreensão para a obtenção de provas.

Almeja-se compreender, em especial, o conceito de fundada suspeita, os elementos objetivos e subjetivos necessários para que se realize a abordagem de um indivíduo, assim como se existem discricionariedades na realização das abordagens policiais.

O presente trabalho é baseado, exclusivamente, na pesquisa bibliográfica, pois conta com a leitura e contextualização de livros, artigos científicos e jurisprudências, especialmente do período de 2020 a 2022, junto a meios eletrônicos e físicos.

Em relação ao método empregado adotou-se o hipotético-dedutivo. Na perspectiva do método hipotético-dedutivo, de Karl Popper, na indução não há verdade absoluta. A verdade muda de grupo para grupo, de tempos em tempos. Portanto, a verdade sempre é provisória. Com tal método buscou-se alcançar, assim, verdades provisórias, que uma vez testadas possam gerar novo conhecimento, pois a ciência sempre começa por meio de um problema.

Por isso, a presente pesquisa passou, preliminarmente, por um processo de elaboração de projeto, vinculado ao projeto de extensão nominado Clínica Criminal. Tal projeto foi composto de: a) problema - daqui nascem as perguntas sobre os fenômenos da natureza; b) hipóteses: são as respostas provisórias falseáveis, que precisam ser testadas. c) experimento: tentativa de resolver o problema e assim chegar a um resultado (conclusão). O resultado, por meio do experimento, confirma ou não as hipóteses.

2 A BUSCA E APREENSÃO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Prova, do latim, *probatio*, tem por base a ideia de verificação, inspeção, exame, aprovação, confirmação (Lima, 2020). Sua acepção como atividade probatória consiste no conjunto de iniciativas de verificações e demonstrações, mediante as quais se busca chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento (Dinamarco, 2001).

As provas têm grande valor no processo penal, ao passo que são alicerces do julgamento proferido pelo magistrado, levando-o a formar seu convencimento acerca da existência ou não da prática de um fato criminoso e de sua autoria.

Há, no Código de Processo Penal, dez meios de provas nominados. Com escopo de fazer um corte epistemológico, o presente trabalho abordará, exclusivamente, a busca e apreensão. Embora seja classificada como meio de prova, pelo Código de Processo Penal, a doutrina aponta sua classificação como meio de obtenção de prova ou medida cautelar probatória.

Na verdade, o instituto em questão consiste em medida cautelar probatória, considerando que esta é uma diligência que visa obter elementos de convicção e obstar sua deterioração, de forma a provar a autoria e materialidade do delito. Por vezes, a ausência dessa medida inviabiliza a obtenção do lastro probatório mínimo à comprovação da ocorrência do delito e sua vinculação ao agente (Castro, 2018).

A obtenção de provas por meio da busca e apreensão tem por finalidade evitar seu desaparecimento posterior à prática delitiva e contribuir com a formação do lastro probatório de autoria e materialidade necessários sobre um fato criminoso. Sua função é auxiliar as autoridades policiais e o Poder Judiciário ao proferir uma condenação.

Além disso, cabe salientar que apesar de ser considerada uma diligência única, a busca e a apreensão são medidas diferentes, não se podendo confundi-las, apesar de umbilicalmente ligadas. A busca consiste em investigar a existência de objetos que possam ter resultado útil para a investigação criminal, seja em locais (varejamento), pessoas ou coisas (revista), enquanto a apreensão ocorre quando o Estado detém a posse daquele objeto, retirando-o de seu antigo proprietário ou possuidor (Pitombo, 2005).

Compreende-se, portanto, que existe a possibilidade de que haja busca sem que ocorra uma posterior apreensão, por exemplo, no caso de o objeto encontrado não possuir relevância jurídica para a investigação ou quando sequer for encontrado. E, da mesma forma, é possível que haja uma apreensão sem uma prévia busca, uma vez que pode ocorrer a possibilidade de o objeto ser entregue voluntariamente à autoridade policial. Deve-se destacar, ainda, que esta medida cautelar probatória se submete aos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para se verificar a probabilidade e verossimilhança dos elementos disponíveis e o risco do perecimento. Assim, a busca e apreensão não pode ser realizada de forma indiscriminada, havendo a necessidade de se subordinar aos requisitos mencionados, que “devem ser demonstrados, ainda que por informações embrionárias decorrentes de investigações preliminares. Não se exigem elementos robustos, obviamente, pois constituem justamente o que se quer buscar com a busca e apreensão” (Castro, 2018).

2.1 A busca e apreensão à luz do garantismo penal e constitucional

A corrente garantista tem como figura principal Luigi Ferrajoli (2002), o qual criou um modelo doutrinário que visa uma mínima intervenção estatal com máximas garantias. Essa teoria racional tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, de forma a resguardar os indivíduos contra possíveis arbitrariedades que possam ser cometidas.

Álvaro Stipp (2006, p. 26) menciona que “o garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal”. A teoria garantista vem para adequar o direito penal aos preceitos contidos na Constituição Federal. Isto quer dizer que se contrapõem ao juspositivismo, vinculando o legislador a acatar aos princípios constitucionais, realizando uma análise crítica em relação às garantias e não apenas a

aplicação da lei propriamente dita (Silveira, 2019). Com a finalidade de preservar os direitos do agente, pode-se dividir tais garantias em: a) primárias, as quais buscam vedar e impor limites aos excessos no exercício do poder estatal; e, b) secundárias, que tem a finalidade de constatar hipóteses de reparação das garantias primárias (Castro, 2018).

O sujeito a ser investigado na persecução deve ser visto como detentor de respeito e direitos, não como um objeto do qual se extrairá provas. Portanto, faz-se necessário verificar quanto à inviolabilidade desses direitos, a fim de que não ocorram abusos.

Diante disso, pode-se notar a incidência do garantismo na legislação brasileira, por exemplo, na Lei 13.869/2019, nova lei de abuso de autoridade, que busca criminalizar os abusos cometidos por autoridades, agentes públicos, servidores públicos que, no exercício de suas funções ou a pretexto dela, ultrapassem do poder que lhe foram atribuídos, para limitar o cometimento de excessos no exercício do poder estatal.

Pode-se compreender, ante o exposto, que há incidência do garantismo na persecução penal, bem como na busca e apreensão como meio de obtenção de provas, na medida em que o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais são os pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A fundada suspeita como fundamento para a busca e apreensão

A expressão “fundada suspeita” é encontrada no Código de Processo Penal nos artigos 240, § 2º e 244. É considerada um requisito essencial para a realização válida da busca pessoal. Interpretando os referidos dispositivos, depreende-se que não basta a simples convicção subjetiva do agente para que se proceda a busca pessoal em alguém. Para além disso, é necessário que haja algum dado objetivo, que possa ampará-la (Lopes Junior, 2020). De acordo com Henrique Hoffmann Monteiro Castro (2018), deve-se justificar a abordagem por meio de fundamentação concreta, amparada em início de prova ou ao menos de indícios relativamente convincentes quanto à necessidade da medida.

Guilherme de Souza Nucci (2020) caracteriza a fundada suspeita como algo mais palpável, como uma denúncia prévia ou visualizar algo no corpo do sujeito que permita compreender que aquela saliência é uma arma de fogo, por exemplo. Isso porque, ao realizar esta diligência, relativiza-se direitos e garantias constitucionais, como a integridade física e a intimidade.

Nesse sentido, é necessário salientar que quando uma abordagem policial é realizada, visa-se o bem da sociedade em desfavor do indivíduo que é alvo da diligência. Diante disso, a abordagem deve ser tratada com atenção, considerando que limita garantias fundamentais, em particular aquelas previstas nos incisos III, X e XV do artigo 5º da Constituição Federal (Sanchez, 2022).

Tânia Pinc (2014, p. 8) define a fundada suspeita como “menos do que uma certeza de que a pessoa tenha relação com o crime no momento do encontro com a polícia, no entanto, fatores situacionais levam o policial a acreditar que essa relação exista”. Desse modo, havendo indícios da participação do sujeito em algum delito, aliado à forma como este se porta durante a abordagem, afetando a ordem pública, o procedimento da abordagem policial será legal.

Para o Supremo Tribunal Federal (HC-81305/GO) a fundada suspeita, prevista no artigo 244 do CPP, não pode assentar-se em critérios unicamente subjetivos, necessitando de informações concretas que indiquem a indispensabilidade da revista, em razão do constrangimento que submete aquele que será objeto da busca. Dessa maneira, a inexistência de dados dessa natureza, como por exemplo, a alegação de que o sujeito usava um ‘blusão’ capaz de esconder uma arma,

endossa conduta discricionária e ofensiva a direitos e garantias individuais, de forma a caracterizar abuso de poder.

A vagueza do termo expande a arbitrariedade da ação policial, possibilitando, inclusive, o emprego de estereótipos, como maneira de afirmar sua “suspeita”, o que torna o policial um agente capaz de reproduzir preconceitos que a sociedade opta por disfarçar (Ramos, 2005). Na prática, ao invés de examinar a situação fática em busca de arma de fogo ou de corpo de delito para a abordagem policial, de maneira a compor a “fundada suspeita”, nota-se a adoção de requisitos mais amplos por parte a autoridade policial, como uma “atitude suspeita”, um “indivíduo suspeito” ou uma “situação suspeita” (Wanderley, 2017).

Por tal razão, encontra-se dificuldade em conceituar fundada suspeita. Há uma tendência da doutrina em ilustrá-la por meio da descrição de situações concretas, ao invés de defini-la, em guias policiais (Pinc, 2022). Nestes também podem ser encontradas definições de fundada suspeita, de forma a amparar os agentes públicos a tomarem a decisão de abordar alguém com a finalidade de realizar a busca pessoal.

Aury Lopes Junior (2020, p. 825) tece uma crítica acerca da tentativa de definição do conceito de fundada suspeita, afirmando que “nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem”. Afirma, ainda, que “o sistema possui alvos preferenciais, por sua já conhecida seletividade”. Conclui sugerindo que é primordial uma mudança legislativa que retifique tais distorções.

Diante de todo o exposto, permite-se concluir que a fundada suspeita é um requisito tido como essencial a fim de basear as abordagens policiais e a busca pessoal realizada. No entanto, se trata de um conceito aberto, capaz de gerar arbitrariedades. Faz-se necessário, portanto, analisar a forma em que são realizadas essas abordagens e, em caso de abusos, se haverá responsabilização.

2.3 A abordagem policial sob a égide da Lei 13.869/2019

Discute-se acerca da busca uma vez que possui potencial lesivo ao direito à liberdade e à privacidade daquele que é submetido a ela. Há apontamentos sobre a demanda de encontrar moderação na responsabilidade de utilização da abordagem, “a fim de interferir o mínimo possível nos direitos individuais das pessoas, resguardando a segurança necessária ao convívio social” (Risso, 2018, p. 14). A moderação é necessária porque, segundo Tânia Pinc, a abordagem por fundada suspeita é uma ação hostil, já que:

A abordagem por fundada suspeita é uma ação invasiva, pois o policial geralmente apalpa o corpo e as roupas da pessoa; e vistoria o veículo, quando houver, retirando tapetes, revirando bancos, porta malas e porta luvas, tudo isso aos olhos de quem estiver na rua. O exercício desta prática policial pode causar constrangimentos às pessoas que não têm relação com o crime. Nesse sentido, a abordagem policial é um ponto de tensão entre a polícia e o público (Pinc, 2022, p. 2).

De acordo com Robyson Danilo Carneiro (2020), os gestores das instituições policiais apontam que a abordagem policial é de suma importância no andamento das atividades, principalmente no que tange à prevenção de delitos e a prisão em flagrante delito. De fato, visando a coletividade, é necessária tal ação, no entanto, deve-se ressaltar a responsabilidade e atenção para com os direitos fundamentais daqueles que são submetidos à busca pessoal deflagrada por uma abordagem policial.

No entendimento de Valdeonne Dias da Silva (2014) os direitos fundamentais não obstam o desempenho da atuação policial diante da manutenção da ordem pública, de forma que os agentes públicos não podem se omitir do exercício de suas funções sociais sob pena de responsabilização. Considerando que são autoridades que exercem atribuição indispensável para a efetivação da segurança pública, têm o dever de acatar previsão legal, atentando-se as exigências previstas e aos limites de sua atuação (Barbuda; Salomão; Soares, 2020, p. 3).

Deve-se salientar que são autorizados a realizar a busca pessoal os agentes que têm a função de garantir a segurança pública, preservar a ordem e a incolumidade pessoal e patrimonial, além de investigar a prática de delitos, ou seja, a polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civil, policiais militares e corpos de bombeiros militares (art. 144, CF).

Na pesquisa realizada por Tânia Pinc (2022, p. 8), foi perguntado aos policiais “qual a conduta desejada do policial durante o momento da decisão pela abordagem?” e, de acordo com as respostas que obteve, tornou-se nítido que os agentes policiais “conhecem o modelo ideal de tomada de decisão para abordagem e que todos tem uma visão muito profissional sobre os assuntos”. Aponta as seguintes respostas obtidas dos policiais:

A abordagem deve se basear em critérios claros: dados estatísticos; conhecimento da área de atuação; e atitude suspeita; A escolha do abordado não deve se basear em preconceitos/discriminação; é importante saber diferenciar o suspeito de uma “pessoa diferente”; O policial deve ter clareza sobre o motivo da escolha, se ao final da abordagem não souber explicar, é porque aquela abordagem não deveria ter sido realizada (Pinc, 2022, p. 8).

Ainda, assevera que os policiais que participaram da pesquisa afirmaram condenar o cumprimento de “cotas”, ou seja, quando se deve realizar abordagens para que se cumpra as metas que são impostas pelos escalões superiores (Pinc, 2022).

Apesar do conhecimento sobre como deve ser realizada a abordagem, os parâmetros conceituais sobre fundada suspeita, os guias policiais situacionais que preveem possíveis acontecimentos que caracterizam a necessidade de abordagem, há o cometimento de muitas irregularidades e excessos, considerando que utilizam seu poder de autoridade para cometer abusos. Diante disso, faz-se necessária a responsabilização dos agentes.

Em regimes democráticos, na prática policial, como na hipótese das abordagens, é imprescindível uma estabilidade entre os limites de interferência, os graus de uso da força e a observação aos direitos individuais. Desta forma, pode-se afirmar que a particularidade da atividade policial nas democracias é a indispensabilidade de limitar e controlar o uso da força e suas intervenções (Costa, 2004).

Além disso, na hipótese de se verificar casos que excedam a responsabilização administrativa, deve-se submeter as ações de excesso injustificado a outras formas de controle, como a criminal. Noutro aspecto, salienta-se que tal controle pode recair sobre a instituição ou sobre a conduta individual dos agentes (Carneiro, 2020).

Portanto, quando o agente policial não age de acordo com o que preconiza a lei processual penal e realiza a busca pessoal, pode incidir em infração funcional, sujeito à punição administrativa, quando não houver dolo específico. De outro lado, haverá sanção penal, quando possuir nítida intenção de abusar de sua condição de autoridade (Nucci, 2020). Contudo, não há, na lei de abuso de autoridade, nenhuma conduta específica no tocante à abordagem policial/revista pessoal. Apesar disso, o artigo 13, da Lei 13.869/2019, pode ter reflexos no tocante

às abordagens policiais e, conseqüentemente, na responsabilização desses agentes em determinadas ações (Carneiro, 2020).

Diante de todo o exposto, nota-se que, pela lei, é possível realizar a busca e apreensão pessoal quando houver fundada suspeita. No caso, o policial avalia a situação relacionada às atitudes do sujeito e ao ambiente que ele está, para chegar à conclusão de ser ou não necessária a abordagem. Por vezes, podem ocorrer excessos durante a diligência e, nesses casos, o policial pode ser submetido a sanções administrativas e/ou criminais. No entanto, conforme analisado acima, não há na lei de abuso de autoridade instrumento específico que repreenda o excesso na abordagem realizada com fins de busca pessoal. Por tal razão, tecem-se críticas quanto à dificuldade em se demonstrar esses abusos e a sua penalidade.

2.4 A busca e apreensão decorrente de flagrante delito

Sabe-se que, por força do artigo 5º, XI, da CF, existe a possibilidade de adentrar na residência de alguém, durante o dia ou a noite, em caso de flagrante delito, conforme as hipóteses previstas no artigo 302, CPP. Em se tratando de flagrante de delito permanente, que é definido como aquele que sua consumação se estende no tempo, é permitida a prisão em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

No tocante à possibilidade de adentrar na residência em hipótese de flagrante, Castro explica que há polêmica quanto ao grau de evidência que um delito esteja sendo praticado e aponta a existência de três correntes:

a) é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; trata-se de juízo de certeza; b) não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas, ou seja, demonstração por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); cuida-se de juízo de probabilidade, demonstrado por elemento externo objetivo; c) é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal; trata-se de juízo de possibilidade, aferível por elemento interno subjetivo (Castro, 2018, p. 135).

Aury Lopes Junior (2020) afirma que entendimentos doutrinários e jurisprudenciais apontam uma exigência de que a polícia comprove, anteriormente, o modo que tomou conhecimento da prática delitiva permanente, além de que a hipótese de flagrante corresponda à visibilidade do crime. O Supremo Tribunal Federal, no RE 603.616/RO, posiciona-se afirmando que é necessária a existência das “fundadas razões” para que se realize a diligência, considerando que não há como se atingir grau de certeza da existência de um delito antes de adentrar ao local.

Castro (2018) também afirma que as fundadas razões devem ser identificadas anteriormente à entrada no domicílio, de forma que a hipótese de flagrante possa ser conhecida com certo grau de certeza antes de se efetuar a diligência. Explica que a denúncia anônima, por si só, não pode alicerçar e autorizar o acesso ao local, sendo necessário elementos mais robustos, como uma prévia averiguação que possa confirmar os fatos por ela noticiados.

Nesta toada, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral:

Tema 280 - 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 (STF, 2015, p. 2).

Discute-se, também, acerca da necessidade de caracterizar as fundadas razões anteriormente à diligência e que o controle judicial possa ser posterior ao flagrante, a fim de que se evite ingerências arbitrárias no domicílio, que possui garantia de inviolabilidade na Constituição Federal.

Veja-se que referido tema aponta a possibilidade de responsabilização disciplinar, civil e criminal da autoridade. Por um lado, ressalta-se que, se a diligência não estiver amparada em fundadas razões e a entrada for arbitrária ou injustificada, o policial poderá incorrer em crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 22 da Lei 13.869/2019. Noutro aspecto, se o agente age baseado em fundadas razões e, apesar disso o flagrante não se confirma, não há que se falar em reponsabilidade penal, por se tratar de hipótese de cumprimento do dever legal putativo (Castro, 2018, p. 33).

Pode-se depreender que existe a possibilidade constitucional de adentrar em domicílio de outrem na hipótese de flagrante delito, porém, para que seja lícita, deve estar amparada em fundadas razões que indiquem a situação de flagrância e deve ser constatada anteriormente à realização da diligência, a fim de se evitar abusos. Caso haja arbitrariedades, o agente público poderá ser responsabilizado administrativa, civil e criminalmente pelo delito previsto artigo 22, da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019).

2.5 A busca e apreensão por determinação judicial

É sabido que a busca e a apreensão são consideradas medidas invasivas, razão pela qual devem ser autorizadas pelo magistrado quando houver fundadas razões, ou seja, existir indícios razoáveis de autoria e materialidade de um delito na residência, que justifiquem a realização da diligência. Ainda, esta não deve ser a primeira medida investigativa e para que seja determinada deve haver outras provas pré-constituídas. Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2020, p. 813) afirma que não há justificativa para que a autoridade policial ou o Ministério Público requeira a busca e apreensão como ato inicial de investigação, pois “não se busca para investigar, senão que se investiga primeiro e, só quando necessário, postula-se a busca e apreensão”.

Considerando que os ditames constitucionais oferecem proteção não só ao domicílio, mas também à vida privada e à intimidade do indivíduo, para que o juiz expeça mandado de busca e apreensão, é de suma importância que nesse conste objetivamente onde a diligência deverá ser realizada, contra quem e para quê. Isso porque “por importar em violação de domicílio, deve ser preciso e determinado, indicando, o mais precisamente possível a casa onde a diligência será efetuada, bem como o nome do proprietário ou morador” (Nucci, 2020, p. 938 e 954). Desse modo, o mandado genérico impossibilita o controle sobre os atos de força estatal contra o direito individual e “conferiria ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais e serem invadidos e vasculhados” (Nucci, 2020, p. 987).

Nesse aspecto, o artigo 243, do Código de Processo Penal elenca os requisitos necessários que deve conter o mandado de busca e apreensão.

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Aury Lopes Junior afirma ser inadmissível a expedição de mandado de busca e apreensão genérico, pois “a determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do motivo e os fins da diligência, como determina o art. 243, II, do CPP” (2020, p. 813). Para ele, o mandado judicial deve ser muito bem fundamentado, especificando os elementos que legitimam a sua imprescindibilidade como meio de prova, além das razões que dão base à decisão, de acordo com o estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Portanto, é necessária uma rigorosa fundamentação por parte do magistrado a fim de comprovar os motivos e finalidades da diligência. Em suma,

O motivo relaciona-se com a definição do *fumus commissi delicti* e a necessidade de obter-se aquela prova para a investigação e posterior processo. Exige, ainda, que não possa a prova ser obtida por outro meio menos violento, devendo evidenciar-se assim a imprescindibilidade da diligência. Os fins da diligência impõem a clara definição – de forma apriorística – do que se busca. Ou seja, impede-se a busca genérica de documentos e objetos. Se possível, deve ser delimitado o objeto ou objetos buscados, para evitar um substancialismo inquisitório. Se o que se busca é uma arma, que se faça a busca direcionada para isso, não estando a autoridade policial autorizada a buscar e apreender documentos, cartas ou computadores. Em muitos casos, sabe-se, de antemão, o que se busca. Logo, que se defina (Lopes Junior, 2020, p. 814).

A concessão de ordem genérica e mandado de busca e apreensão domiciliar configura, sob tal ótica pleno abuso de autoridade.

Para além disso, conforme estabelece o artigo 5º, XI, da CF e o artigo 245 do CPP, o cumprimento de diligência de busca e apreensão oriundo de mandado judicial somente poderá se dar durante o dia e, caso seja cumprido durante a noite, será considerado ilegal, sendo sua colheita absolutamente ilícita.

O artigo 245, § 7º, do CPP, exige a assinatura de duas testemunhas presenciais no termo de diligência. Lopes Junior assevera que a diligência sempre deverá ser documentada, de forma pormenorizada, por meio de relatório circunstanciado, o qual será elaborado pela autoridade que efetivou o ato, havendo ou não êxito na medida, ressaltando que “não há espaço para informalidades” (2020, p. 819).

Por fim, caso haja ilegalidade na medida, as provas produzidas serão contaminadas e, conseqüentemente, ilegais também, e poderão os agentes públicos incorrer nas sanções previstas no artigo 22 da Lei 13.869/2019.

Portanto, pode ser franqueada a entrada no domicílio do sujeito por meio da apresentação de mandado de busca e apreensão domiciliar, devidamente individualizado e fundamentado pela autoridade judicial, de forma que especifique os elementos que o legitimam e demonstrem sua imprescindibilidade como meio de prova no processo penal. Conceder mandado sem os devidos requisitos legais, que seja genérico, pode configurar hipótese de abuso de autoridade.

2.6 Da violação de imóvel alheio conforme previsão no artigo 22, da Lei 13.869/2019

Em se tratando de busca domiciliar, caso haja alguma ilegalidade em sua execução, o agente será punido na forma do artigo 22 da Lei 13.869/2019. Desse modo, “todo agente público que viole o domicílio alheio em razão da fundação ou a pretexto de exercê-la”, incorre nas seguintes condutas:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no *caput* deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Em relação às condutas, ressalta-se a ilegalidade de adentrar em residência sem a devida autorização judicial, sem o consentimento do morador ou quando inexistir situação de flagrante delito. Há, aqui, duas hipóteses de ilegalidade: a ilegalidade de se estender a abordagem policial realizada em via pública, com a finalidade de encontrar algum objeto ilícito, sem que haja o consentimento do sujeito, assim como é ilegal o uso de coação, valendo-se de violência ou grave ameaça, para que a pessoa franqueie a entrada em seu domicílio. Isso porque a nova lei de abuso de autoridade não tipificou a abordagem policial propriamente dita, contudo, esses tipos de intervenções policiais devem se adequar ao referido dispositivo normativo, com a finalidade de controlar as ações realizadas pelos agentes públicos, considerando que poderão sofrer sanções caso ocorram excessos ou ilegalidades nas atividades (Carneiro, 2020).

No tocante às atualizações trazidas pela nova legislação, deve-se ressaltar que ao fixar o período após as 5 horas da manhã e antes das 21 horas, supera a controvérsia existente quanto ao conceito de dia e o período em que as ações poderiam ocorrer. Considera-se, portanto, abuso de autoridade o cumprimento de busca e apreensão domiciliar após as 21 horas e antes das 5 horas. Não obstante, vale ressaltar que o intervalo descrito neste dispositivo é o marco inicial para o início da diligência que pode ser prolongada por toda noite, já que não há interrupção.

Diante disso, cumpre salientar que o referido dispositivo legal trouxe inovação, na medida em que esclareceu os horários em que se pode cumprir a diligência de busca e apreensão, assim como delineou as condutas objeto de reprimenda estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou da busca e apreensão pessoal e domiciliar como meio de obtenção de prova no processo penal à luz da nova lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019), analisando, em especial, a forma como as abordagens e realizações de diligência são feitas. Buscou-se investigar se são respeitados os direitos e garantias fundamentais do sujeito no momento da busca, assim como compreender se há penalidade à autoridade em casos de abusos.

Pôde-se examinar que a busca e apreensão deve observar alguns requisitos para a sua realização, visando resguardar a dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que é necessário compreender o indivíduo como detentor de direitos e garantias e não como um simples objeto do qual se extrairão provas.

Nesse mesmo aspecto, foi possível verificar a incidência do garantismo na legislação brasileira com o fito de limitar o poder punitivo do estado e de resguardar os indivíduos contra possíveis arbitrariedades que possam ser cometidas. De tal maneira, pode-se citar a Lei 13.869/2019 como exemplo da aplicação de tal teoria, pois criminaliza condutas de agentes públicos que, no exercício de suas funções ou a pretexto dela, ultrapassem do poder que lhe foram atribuídos, o que permite limitar a ocorrência de excessos no exercício do poder estatal.

Em relação à busca pessoal, salienta-se que possui a finalidade precípua de encontrar objetos que apresentem considerável interesse à persecução penal, podendo-se citar como tais aqueles que possam ter sido usados para o cometimento de algum delito ou a possibilidade de serem utilizados em crimes futuros. Delineou-se que referida diligência pode ser ou não amparada por um mandado judicial que a autorize, uma vez que o próprio Código de Processo Penal prevê sua prescindibilidade, considerando a urgência do caso concreto. Não obstante, é indispensável que durante a abordagem policial se atente e respeite direitos constitucionais como a integridade física e a intimidade do cidadão.

Diante da hipótese de ausência de mandado, a diligência é realizada com fulcro na fundada suspeita, considerada como requisito essencial nas abordagens que têm como objetivo a busca no agente, visando possível apreensão. Foi possível observar que se deve justificar esta abordagem por meio de fundamentação concreta, amparada em início de prova ou ao menos em indícios relativamente convincentes quanto à necessidade da medida. No entanto, legalmente, esta possui um conceito vago, que permite a ocorrência de arbitrariedades.

Delineou-se que nas instituições policiais a fundada suspeita é descrita por meio de situações relacionadas às atitudes do sujeito ou ao ambiente em que ele está, não a conceituando de forma objetiva, mas por meio de exemplos. Daí as críticas no sentido de que o sistema é seletivo e há pessoas, locais e situações que são considerados como alvos preferenciais. Nessa toada, considerando a vagueza do conceito legal de fundada suspeita no artigo 244 do CPP, é possível concluir que é necessária alteração legislativa que retifique e delimite esse conceito.

É sabido que a autoridade policial pode ser submetida a sanções administrativas e/ou criminais em casos de abuso de autoridade, no entanto, há considerável dificuldade em demonstrar a ocorrência desses excessos. Para além disso, apesar da promulgação da nova lei de abuso de autoridade esta não possui instrumento específico que reпреnda o excesso na abordagem realizada com fins de busca pessoal.

Sobre a busca e apreensão domiciliar, constatou-se que pode ocorrer em casos em que haja a autorização do morador, em hipóteses de flagrante delito, assim como na presença de mandado de busca e apreensão expedido por autoridade judiciária competente.

É possível executar a busca e apreensão domiciliar sem que haja autorização judicial, desde que se tenha o consentimento do morador. Para tanto, essa permissão deve ser livre, expressa, anterior, esclarecida, específica e oriunda de pessoa capaz de consentir. Na hipótese de existência de vício de consentimento, a prova obtida será considerada ilícita, além de o agente público poder ser penalizado administrativa e/ou penalmente pelo delito previsto no artigo 22 da Lei 13.869/2019.

Existe ainda a possibilidade de se adentrar em domicílio de outrem na hipótese de flagrante delito, contudo, para que seja lícita, deve estar amparada em fundadas razões que indiquem a situação de flagrante, a qual deve ser constatada anteriormente à realização da diligência, a fim de se evitar abusos. Da mesma forma, em casos de abuso, existe a possibilidade de o agente público ser responsabilizado administrativa, civil e criminalmente.

Ademais, a entrada no domicílio do sujeito pode ser franqueada por meio da expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, devidamente individualizado e fundamentado pela autoridade judicial, de forma que especifique os elementos que a legitimam e demonstre sua imprescindibilidade como meio de prova no processo penal. Na ausência dos devidos requisitos legais e sendo o mandado genérico, considera-se como hipótese de abuso de autoridade.

Por fim, fez-se uma análise sobre o artigo 22 da Lei 13.869/2019 que fixa o período após às 5 horas da manhã e antes das 21 horas para a realização a diligência de busca e apreensão, o que permite superar a controvérsia existente quanto ao conceito de dia, assim como o período em que as ações poderiam ocorrer. Diante disso, considera-se como abuso de autoridade o cumprimento de busca e apreensão domiciliar após as 21 horas e antes das 5 horas. Ou seja, o referido dispositivo trouxe inovação legislativa, na medida em que esclareceu os horários em que se pode cumprir a diligência de busca e apreensão, assim como delineou as condutas que são objeto de reprimenda estatal em hipóteses de busca e apreensão domiciliar.

REFERÊNCIAS

BARBUDA, Alex; SALOMÃO, Alex; SOARES, Lucas. **Impactos da nova lei de abuso de autoridade na atividade policial militar**. 2020. Disponível em:

https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2020/493_impactos_da_nova_lei_de_abuso_d_e_autoridade_na_atividade_policial_mili.pdf. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RCH 117767**, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe 02/08/2017.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268735>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE 603.616**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 02 fev. 2022.

CARNEIRO, Robyson Danilo. **Abordagem policial como política pública: o exercício do controle social com respeito aos ditames constitucionais e aos direitos humanos**. 2020. 168 f. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Disponível e: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/18164-robysen-danilo/file>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Contornos da Busca e Apreensão na Persecução Criminal Garantista**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Paraná. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11010-henrique-hoffmann-monteiro-de-castro/file>. Acesso em: 10 fev. 2022.

COSTA, Arthur T. M. Reformas institucionais e as relações entre a polícia e a sociedade em Nova

lorque. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 19, n. 1, jan./jun. 2004, p. 173-202.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINC, Tânia. Por que o Policial Aborda? Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. **Revista interdisciplinar de sociologia e direito**, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34470/19873>. Acesso em: 14 jan. 2022.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. **Portaria de Ensino. Portaria do Comando Geral nº 330 de 14 de março de 2014**. Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.pmpr.pr.gov.br/arquivos/File/pm1/Normas%20Administrativas/Portarias/EnsinoPMP R.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

POLITANSKI, Renata. **Análise da jurisprudência do STF sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada nos casos de busca e apreensão**. São Paulo, 2013. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/240_RenataPolitanski.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento Suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RISSO, Melina Ingrid. **Da prevenção à incriminação: os múltiplos sentidos da abordagem policial**. Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas Tese de Doutorado-USP, 2018.

SANCHES, Diego Moscoco. **A fundada suspeita como pressuposto de legalidade na abordagem policial**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-fundada-suspeita-como-pressuposto-de-legalidade-na-abordagem-policial/>. Acesso em: 27 jan. 2022.

SAVI, Jéssica Campos. **Manual Prático: nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19)**. Procuradoria Geral do Estado, MT. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/08/NOVA-LEI-DE-ABUSO-DE-AUTORIDADE-LEI-N-13.869-19-1.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

SILVA, Valdeonne Dias da. Abordagem policial e abuso de autoridade: limite de atuação do agente público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28050>. Acesso em: 9 fev. 2022.

SILVEIRA, Camila Czerski. **Do garantismo penal**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75259/do-garantismo-penal#:~:text=A%20teoria%20garantista%20vem%20para,a%20obedecer%20aos%20princ%C3%ADpios%20constitucionais>. Acesso em: 18 jan. 2022.

STIPP, Alvaro. **Garantismo**. 2006. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo#:~:text=De%20garantir%2C%20que%20significa%20tornar,em%20garantismo%2C%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20diferente.&text=O%20Garantismo%20se%20vincula%2C%20portanto,a%20arbitrariedade%20do%20poder%20estatal>. Acesso em: 14 jan. 2022.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoa no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre. v. 3, n. 3, 2017, p. 1117-1154.