



LEGALIDADE DA BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL SEM MANDADO JUDICIAL, EM CASO DE FLAGRANTE DELITO

LEGALITY OF HOME AND PERSONAL SEARCH WITHOUT A COURT ORDER, IN CASE OF FLAGRANTE DELICTO

Vanessa Cristina de Lima e Silva¹

RESUMO

A inviolabilidade do domicílio é direito fundamental do indivíduo, sendo estabelecidas no próprio texto constitucional exceções em que é permitida a violação, independentemente de autorização judicial, dentre elas, em caso de flagrante delito. Em qualquer situação, com ou sem ordem judicial, para que seja regular o ingresso em domicílio alheio, é necessário que se demonstre haver “justa causa” ou “fundadas razões”. A questão é que a lei foi omissa em delimitar o alcance de tais conceitos abertos, tendo restado à função judicante fazê-lo, para melhor regulamentação do tema ante a lacuna da lei. Os Tribunais Superiores têm firmado entendimento no sentido de que a justa causa deve, demonstradamente, existir previamente ao ingresso domiciliar, não convalidando o ato a constatação fortuita de prática delitiva no interior do imóvel. Além disso, fatores que, historicamente, eram enquadrados e admitidos judicialmente como justa causa para a violação do domicílio sem ordem judicial, têm sido afastados, passando o ingresso a ser visto como irregular e consideradas ilegais todas as provas, assim como eventual prisão decorrentes do ato. Discutem-se os reflexos deste entendimento na prática da atividade policial, eis que os agentes, muitas vezes, acabam se vendo de mãos atadas diante de evidente situação ilegal, impossibilitados de agir ante o receio de serem eles os indivíduos responsabilizados criminalmente, ao invés dos alvos da ação policial. Considera-se que, paralelamente à evolução do Direito e das garantias do indivíduo, deve o Estado também evoluir aparelhando e capacitando suas forças policiais, sob pena de obstaculizar o combate à criminalidade que ele próprio preconiza.

Palavras chave: Inviolabilidade domiciliar. Busca e apreensão. Flagrante delito. Legalidade.

ABSTRACT

The inviolability home is a fundamental individual right, with exceptions being established in the constitutional text in which violation is allowed, regardless of judicial authorization, among them, in case of flagrante delicto. In any situation, with or without a court order, for entry into someone else's home to be regular, it is necessary to demonstrate that there is “just cause” or “founded reasons”. The issue is that the law was silent in delimiting the scope of such open concepts, and it was left to the judging function to do so, for better regulation of the subject in view of the gap in the law. The Superior Courts have established an understanding in the sense that the just cause must, demonstrably, exist prior to entering the home, not validating the act the fortuitous finding of criminal practice inside the property. In addition, factors that, historically, were framed and judicially admitted as just cause for the violation of the domicile without a court order, have been removed, starting to be seen as irregular and all

1 Pós-Graduada em Análise Estratégica da Segurança Pública e em Gestão em Segurança Pública pela Escola Superior de Polícia Civil do Paraná, e em Direito e Processo Penal pela Universidade Potiguar. Delegada da Polícia Civil do Estado do Paraná. E-mail: del.vclsilva@pc.pr.gov.br

- Artigo elaborado sob a orientação da Prof^ª. Esp. Fernanda Lima Moretzsohn de Mello, Delegada da Polícia Civil do Estado do Paraná.



evidence considered illegal, as well as possible imprisonment resulting from the act. The reflections of this understanding in the practice of police activity are discussed, since the agents often end up seeing themselves with their hands tied in the face of an evident illegal situation, unable to act due to the fear of being the individuals held criminally responsible, instead of the targets of police action. It is considered that, parallel to the evolution of Law and individual guarantees, the State must also evolve by equipping and training its police forces, under penalty of hindering the fight against crime that it advocates.

Keywords: Home inviolability. Search and seizure. Flagrante delicto. Legality.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XI, a inviolabilidade do domicílio como direito fundamental, estabelecendo, porém, como uma das exceções para ingresso domiciliar sem mandado judicial o caso de flagrante delito. O art. 240, §1º, do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece que se procederá à busca domiciliar quando fundadas razões a autorizarem, tendo como fim um rol não taxativo de providências investigativas, dentre elas a prisão de criminosos, a apreensão de bens e a coleta de elementos de convicção.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores norteia, muito embora nem sempre de forma vinculante, o exercício dos demais Poderes. No âmbito do Poder Executivo, o exercício da atividade policial, seja na esfera estadual ou federal, além de sujeitar-se aos limites expressamente previstos em lei, restringe-se, ainda, às nuances exegéticas por parte do Poder Judiciário.

Nos últimos anos, os Tribunais Superiores têm restringido o alcance interpretativo da expressão “razões fundadas”, limitando a possibilidade de ingresso domiciliar sem mandado judicial em caso de flagrante delito, inclusive posicionando-se quanto à ilegalidade do ato e quanto ao relaxamento das prisões em flagrante, em algumas situações. Da mesma forma, o entendimento tem-se restringido também no que diz respeito às abordagens pessoais, exigindo-se que as fundadas razões sejam baseadas em elementos concretamente demonstráveis antes mesmo da realização da diligência, o que, na prática, foge ao real e ao possível dentro da rotina policial.

O presente estudo compreenderá análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto ao tema, especialmente no que diz respeito ao alcance da expressão “fundadas razões” para se proceder à busca e apreensão e em quais aspectos esse entendimento refletiu, de forma prática, na atividade policial, bem como se o exercício da atividade com base em entendimento diverso implica em abuso de poder ou na ilegalidade dos atos praticados.



Neste sentido, pretende-se investigar a legalidade das buscas domiciliares sem mandado judicial, especificamente nas situações de flagrante delito, tendo a discussão do tema relevância notadamente para as forças policiais que, cotidianamente, lidam com situações de flagrante delito que demandam o ingresso imediato nas residências, independentemente de mandado judicial, eis que a imprescindibilidade deste implica, muitas vezes, na ineficácia de suas ações.

2. INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E EXCEÇÕES, SOB OS VIESES CONSTITUCIONAL E LEGAL

A inviolabilidade domiciliar é direito fundamental, sendo uma das vertentes do direito à privacidade. Para Branco e Mendes (2012), o domicílio corresponde a um espaço físico onde o indivíduo pode desfrutar da privacidade, em suas variadas expressões, devendo-se estar protegido da intromissão de terceiros para que possa gozar da tranquilidade da vida íntima.

Tal direito, porém, não é absoluto, sendo mitigado até mesmo por previsão constitucional, diante de situações que justifiquem o ingresso na residência. A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, XI, que

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial.

Nota-se que, com base na Constituição Federal, nos casos de flagrante delito, de desastre ou para prestar socorro, o ingresso no domicílio alheio independe de mandado judicial, bem como do horário do dia, podendo se dar a qualquer momento.

O Código de Processo Penal também não silencia quanto ao tema, estabelecendo em seu art. 240, §1º: “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando *fundadas razões* a autorizarem” (destaque nosso), tendo como finalidade um rol não taxativo de providências investigativas, dentre elas a prisão de criminosos, a apreensão de bens e a coleta de elementos de convicção.

Numa interpretação global do texto constitucional com o preconizado no Código de Processo Penal, entende-se que, nos casos constitucionalmente previstos, o que inclui o flagrante delito, o ingresso na residência e, por conseguinte, a busca domiciliar, pode se dar independentemente de mandado judicial, desde que haja fundadas razões para tanto.



No mesmo sentido, no que se refere à busca pessoal, o art. 244 do Código de Processo Penal estabelece que

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

Mas o que seriam as “fundadas razões” ou “fundadas suspeitas” que autorizariam a busca domiciliar ou pessoal independente da existência de mandado? Sabe-se que a subjetividade da expressão serviu como pano para uma série de abusos por parte das forças policiais que, diante de qualquer denúncia ou suspeita, ainda que infundada, ou em virtude do próprio preconceito estrutural, ingressavam nos domicílios alheios ou realizavam abordagens pessoais sob o pretexto de haverem fundadas razões para procederem às buscas.

Tais situações colocaram em questão, por muito tempo, a legalidade das ações policiais e, principalmente, das prisões delas decorrentes, quando levantada a possibilidade até mesmo de terem sido plantadas provas nas residências penetradas sem autorização judicial, como forma de validar o ato.

Isso fez com que o Poder Judiciário passasse a balizar, caso a caso, se haveria ou não de fato fundadas razões para o ingresso na residência, de modo a coibir atos ilegais e abusivos. Deve-se considerar, porém, que a exigência cada vez maior de elementos concretos de materialidade delitativa para fins de atender às “fundadas razões” muitas vezes compromete a necessária celeridade da intervenção policial e a eficácia de suas ações.

Além disso, deve ser levado em conta que, se a própria Constituição Federal estabeleceu que a situação de flagrante delito por si só, sem maiores exigências, seria justificativa para o ingresso domiciliar, não parece que teria o legislador, no Código de Processo Penal, a intenção de blindar o domicílio ou o próprio indivíduo para o porte ou guarda de ilícitos, ao se valer da exigência de “fundadas razões” ou “fundada suspeita” que autorizariam a busca domiciliar ou pessoal, mas sim a intenção de estabelecer que a ação deve ser pautada em fundamentos, sejam estes objetivos ou subjetivos, mas que sejam suficientes para convencer o agente de que há indícios de ocorrência de flagrante delito ou de haver bens ilícitos ou que constituam corpo de delito em posse do indivíduo ou no interior da residência.



3. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO QUANTO À BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL

O assunto em pauta não passa despercebido pela doutrina. Considerável parte dos doutrinadores entende que a discriminação estrutural arraigada na cultura policial e, somada a ela, a previsão legal e a subjetividade do conceito aberto “fundadas razões” ou “fundadas suspeitas” podem fomentar, muitas vezes, o histórico de violência contra um perfil específico de abordados, que seriam, de regra, negros, pobres, estigmatizados.

Segundo Lopes Júnior (2014), a fundada suspeita consiste em

cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial. Trata-se de um ranço autoritário de um Código de 1941. Assim, por mais que se tente definir a “fundada suspeita”, nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem sem o menor pudor visto de qualquer aspecto.

Para os defensores desta linha, a fundada suspeita não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da busca, em face do constrangimento que causa. A fundada suspeita não se demonstra, por exemplo, na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder.

Muito embora não se desconsidere a importância de tangenciar ao menos minimamente de forma objetiva o alcance da expressão “fundadas razões”, com vistas a evitar abusos por parte das forças de segurança, não se deve olvidar, todavia, que, muitas vezes, na rotina policial, é imprescindível levar em conta elementos subjetivos, como o tirocínio de identificar a atitude suspeita por parte do indivíduo, desde que enunciada pormenorizadamente em que consistiria a suspeita, mas considerando, ademais, que, muitas vezes, o elemento subjetivo estará atrelado a elementos objetivos nem sempre concretos, a exemplo de uma denúncia anônima fundada, cuja confirmação se viabiliza apenas com a realização imediata da diligência.

Para Nucci (2008), a suspeita, por si só, corresponde a uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige a “fundada suspeita”, que é mais concreta e segura. Assim, não poderia o policial valer-se exclusivamente de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a



denúncia feita por um terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver.

Nesse sentido, a busca pessoal poderia ocorrer independentemente de mandado se, somados aos parâmetros subjetivos do policial, houvesse elementos objetivos que levassem a uma suspeita fundada de que estivesse o indivíduo em posse de ilícitos ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

Quanto à busca domiciliar, estende-se, no entendimento desta autora, o mesmo raciocínio, devendo-se considerar legal a diligência realizada sem mandado judicial quando a intuição e o tirocínio policial ou outros parâmetros subjetivos, como a própria fuga de indivíduo para o interior da residência, somados a elementos objetivos como uma informação preexistente, ainda que apócrifa, ou o fato de ter sido o indivíduo flagrado em posse de ilícitos próximo a sua residência, levarem à fundada suspeita de que, adentrando no recinto, proceder-se-á à prisão de criminosos, à apreensão de bens ou à coleta de elementos de convicção.

Não se descarta a possibilidade de que não se logre êxito na diligência imediatamente realizada diante uma situação em que haja justa causa demonstrada, assim como seria possível (e até mais provável) o prejuízo na localização de elementos de convicção com o decurso do tempo em virtude da natural demora do Poder Judiciário para a expedição do mandado de busca e apreensão.

Porém, para os tribunais superiores, como se verá adiante, ainda que a diligência seja decorrente de uma situação de flagrante, entende-se como ausentes as “fundadas razões” para o imediato ingresso no domicílio do abordado, a menos que fique comprovado que, antes do ingresso, já havia elementos concretos que demonstrassem a ocorrência de crime ou a existência de ilícitos especificamente no local. Caso contrário, corresponderia a varredura meramente especulativa, inexistindo fundadas razões para a busca no domicílio. Destaque-se que, como se verá, há julgados em que, mesmo demonstrado concretamente que, antes do ingresso na residência, já teria sido constatada a existência de ilícitos em seu interior, entendeu-se pela ausência de justa causa para a violação domiciliar, invalidando-se todas as provas dela derivadas.

Este posicionamento, salvo melhor juízo, revela-se de um garantismo extremo que, muito além de comprometer a celeridade e eficácia da produção da prova, deixa de mãos



atadas as forças policiais, ao mesmo tempo em que dá respaldo jurídico para a prática delitiva. Isso porque os criminosos podem sair tranquilamente às ruas portando ilícitos e, mesmo que gerem suspeitas em suas atitudes, somente nos casos em que deixarem tal fato evidente, poderão ser abordados pessoalmente e, na pior das hipóteses, se flagrados no cometimento do crime, ainda assim, dificilmente terão relativizada a inviolabilidade de seus domicílios, blindados não pela Constituição Federal ou pela lei, que excepcionam a inviolabilidade domiciliar, mas pela interpretação garantista que tem sido dada pelos tribunais aos conceitos trazidos pelos dispositivos – no entendimento desta autora, na contramão do que pretendeu o legislador ou o constituinte.

No que diz respeito às justificantes que autorizariam o ingresso domiciliar sem mandado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se dividiam entre três entendimentos divergentes. Para a primeira corrente (MACIEL, 2010), seria exigido o juízo de certeza, ou seja, o policial deveria ter a certeza visual do flagrante que ocorre no interior da casa, sob a perspectiva da via pública. A segunda corrente (BARBOSA, 2017) defende a chamada justa causa provável, a qual não exige que o policial seja capaz de ter a certeza visual do flagrante, mas ter fundadas razões de que há o flagrante ocorrendo no domicílio, fundamentado por circunstâncias objetivas, isto é, trata-se de um juízo de probabilidade fundado por elementos externos. Já para a terceira corrente, da qual o STJ se aproximava (REsp 1647020 - RS 2017/0004361-1), dispensava-se a certeza visual e as fundadas razões, legitimando o policial a adentrar o domicílio baseado em suspeitas de flagrante com base na mera intuição pessoal, tratando-se de juízo de possibilidade a partir de elementos internos subjetivos.

Como se verá no próximo capítulo, o entendimento jurisprudencial tem sido cada vez mais rigoroso no sentido de exigir a certeza do cometimento do crime no interior da residência para que seja autorizada a invasão domiciliar sem mandado judicial. Tem-se afastado, progressivamente, a legitimidade do ingresso com base em elementos subjetivos e, além disso, diversas situações que, antes, eram consideradas “fundadas razões” para a busca pessoal ou domiciliar, agora têm sido consideradas ilegais.



4. OS TRIBUNAIS SUPERIORES E O ALCANCE DA EXPRESSÃO “FUNDADAS RAZÕES”

Sabe-se que ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. Busca-se, na função judicante, a melhor interpretação possível da lei, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram quanto ao tema em questão e o que se verifica é que, cada vez mais, tem-se restringido as possibilidades de ingresso domiciliar sem autorização judicial, exigindo elementos cada vez mais objetivos para delimitar o alcance da expressão “fundadas razões”, na intenção de evitar arbitrariedades estatais.

Para os Tribunais, o estado de flagrância por si só não é suficiente para justificar o ingresso na residência. Deve-se demonstrar concretamente existir, previamente ao ingresso, justa causa para adentrar na residência. E a justa causa não pode se fundar em mera informação apócrifa ou em elementos subjetivos como a intuição policial, o estado de nervosismo do sujeito, ou mesmo a fuga de uma abordagem. Ademais, o encontro de drogas, armas ou outros objetos que componham corpo de delito não convalidam o ato caso se entenda que a justificativa para o ingresso não corresponda a uma fundada suspeita ou que, ainda que corresponda, não se comprove cabalmente que o fato tenha ocorrido exatamente como descrito.

O tema foi debatido pelo STJ no HC 598051 - SP 2020/0176244-9, entendendo-se que as circunstâncias que antecedem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, não bastando a simples desconfiança policial, apoiada em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

O fato de, nos crimes como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protrair no tempo, não significa concluir que a vaga suspeita de prática desse delito legitima a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio. Assim, as circunstâncias que antecedem a mitigação



da garantia constitucional, *a fortiori*, devem evidenciar a urgência no ingresso no domicílio, situação que se consubstancia no ato de tráfico sendo praticado (que não a simples guarda da droga) ou no receio concreto de ocultação ou destruição do entorpecente (STJ, RHC 146860 - AL 2021/0136125-9).

Tal compreensão não se traduz, para o Tribunal, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, nem em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Porém, só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

Mais restritivo, ainda, para as forças policiais, foi o entendimento firmado pelo STJ no AgRg no REsp 1865363 – SP 2020/0055686-3:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 12G (DOZE GRAMAS) DE COCAÍNA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM DENÚNCIA ANÔNIMA E EM ATITUDE SUSPEITA DOS ACUSADOS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas - 12g (doze gramas) de cocaína -, quando **apoiado em mera denúncia anônima e no fato de que os policiais, de fora, avistaram os acusados no interior da casa manipulando material, não traz contexto fático que justifica a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência**, acarretando a nulidade da diligência policial, como no caso dos autos. (destaque nosso)

2. Agravo regimental improvido.

Não bastasse isso, o próprio consentimento do morador para ingresso na residência também passa a ser colocado em questão ainda que documentado de forma escrita, exigindo-se provas da autorização por meio audiovisual, pois, no entendimento dos Tribunais, a manifestação de vontade do suspeito pode ter decorrido de constrangimento circunstancial decorrente da própria abordagem policial, eis que proferida em clima de estresse policial (STJ - HC: 700495 SP 2021/0331785-8).



No mesmo sentido, no julgamento do HC nº 16.584 - RS 2020/0257456-0, a Sexta Turma do STJ, posicionou-se no sentido de que, na falta de comprovação de que o consentimento do morador foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e, conseqüentemente, de toda a prova dela decorrente (*fruits of the poisonous tree*), tendo estabelecido o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

No HC nº 762932 – SP 2022/0248543-0, o STJ julgou caso em que os policiais realizaram abordagem a fim de verificar denúncia anônima que dava conta de indivíduo que portava arma de fogo, fato que foi confirmado eis que localizada em posse do abordado referida arma. Na sequência, mediante consentimento do suspeito, que possuía antecedente por tráfico de drogas, adentraram em sua residência, localizando entorpecentes. No caso, o Tribunal entendeu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel seria válido apenas se tivesse sido registrado em gravação audiovisual e, por não ter feito desta forma, não ficou demonstrado que foi livre e voluntariamente dado, podendo ter decorrido de um constrangimento ambiental/circunstancial.

A exigência de referida providência resultará, para o STJ (HC 598051 - SP 2020/0176244-9), na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

No julgamento do HC nº 721911 - RS 2022/0032180-4, o STJ posicionou-se no sentido de que a existência de denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos da prática de crime, não constitui fundada suspeita e, portanto, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado. No caso, o Tribunal entendeu que o encontro de armas e drogas numa residência decorreu de mero acaso e, portanto, foi anulado o flagrante, em que pese tenham os policiais alegado que somente adentraram no local após receberem denúncia anônima, a qual foi corroborada quando constataram, ainda do lado de fora da residência, que, de fato, havia drogas e arma de fogo sobre uma mesa, o que se



configuraria na fundada suspeita para autorizá-los a ingressar no local independentemente de mandado judicial ou de investigação prévia, dado o estado de flagrante de crime permanente. A tese dos policiais, no entanto, não foi acolhida pelo Tribunal, que entendeu não ter ficado demonstrado que, antes do ingresso na residência, havia indícios mínimos quanto à prática delitiva, entendendo ausente, portanto, justa causa para a invasão domiciliar e, portanto, ilícitas todas as provas dela decorrentes.

No que diz respeito à busca pessoal, o STF, no julgamento do HC nº 81.305-4 - GO, firmou entendimento no sentido de que esta não pode se basear exclusivamente em parâmetros subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento da causa.

Insta destacar que o STJ, no julgamento do RHC nº 158580 – BA 2021/0403609-0, restringiu a possibilidade da busca até mesmo pessoal ou veicular, que prescindia de autorização judicial desde que realizada diante de fundada suspeita de que estivesse a pessoa em posse de arma proibida ou de objetos que constituíssem corpo de delito, nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal.

Com o novo entendimento, o STJ passou a exigir que a fundada suspeita seja descrita com precisão e aferida de modo objetivo, de forma a justificar a urgência de se executar a diligência. Ou seja, para se proceder a uma busca pessoal em qualquer indivíduo, deve-se demonstrar concreta e objetivamente que havia indícios de que estivesse ele em posse de drogas, armas ou outros bens que constituam corpo de delito.

Afastou-se, no entendimento do Tribunal, o salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias, baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, coibindo-se a prática de revistas como praxe do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória. Destaque-se que o encontro de objetos ilícitos em posse do indivíduo convalidaria o ato, caso não demonstrado que a abordagem por si só se firmou em elementos concretos de materialidade delitiva.

Verifica-se, portanto, um enrijecimento dos tribunais superiores quanto à possibilidade de intervenção policial, seja em buscas domiciliares ou veiculares ou até mesmo em abordagens pessoais, quando desprovidos de autorização judicial. Em que pese encontrem as decisões fundamento em coibir abusos e práticas exploratórias firmadas em suposto preconceito estrutural, tais restrições, além de serem um aval para os criminosos circularem



livremente em posse de armas e drogas, desde que não levantem concretas suspeitas, servem como uma capa de proteção para os que, por exemplo, armazenam vasta quantidade de ilícitos em seus domicílios, transportando pessoalmente apenas pouca quantidade, pois, ainda que haja suspeita concreta que ocasione sua abordagem pessoal, não restará justificado o imediato ingresso domiciliar, invalidando-se as provas ali obtidas. Tal posicionamento jurisprudencial certamente acarretará reflexos na segurança pública, se não a curto, a médio ou longo prazo.

5. REFLEXÕES SOBRE A INTERFERÊNCIA JURISDICIONAL NA AUTONOMIA FUNCIONAL E EFICÁCIA DAS AÇÕES POLICIAIS

Verifica-se que, muito embora seja plausível a intenção de trazer elementos objetivos para tangenciar o conceito subjetivo que é a “fundada razão” ou “fundada suspeita”, ao mesmo tempo deve ser levada em conta a inviabilidade de se tolher a necessária liberdade de atuação das forças policiais, desde que fundamentem seus atos.

A exigência de que sejam evidenciados concreta e previamente elementos objetivos para que se possa proceder a uma abordagem pessoal ou mesmo ao ingresso domiciliar, além de prejudicar a eficácia de incontáveis diligências policiais, certamente invalidará vários atos que, de fato, se pautaram na legalidade, eis que não baseadas exclusivamente em achismos ou intuições.

Ocorre que, em virtude do histórico de abusos das forças de segurança e até mesmo como consequência da discriminação estrutural, e numa tentativa de corrigir uma falha milenar, extrapolou-se o Judiciário, no entendimento desta autora, em restringir de forma tão contundente as possibilidades de busca domiciliar e pessoal previstas em lei como situações que prescindem de autorização judicial, ou seja, que dependiam exclusivamente da demonstração de existência de fundada razão.

Tolheu-se das forças de segurança sua liberdade funcional numa verdadeira inversão de valores, situações em que maior peso foi dada à garantia individual do criminoso em cuja residência foram encontrados quilos de drogas, em detrimento da coletividade e da garantia da segurança pública consubstanciada na ação policial que coibiu a prática delitiva ao ingressar no imóvel após ter visto indivíduos manipulando ilícitos em seu interior, logo após ter recebido denúncia de que possuía armas e drogas no local.



No mesmo raciocínio, não é difícil concluir em que pé estará a segurança pública a médio ou longo prazo, considerando que as forças policiais ostensivas sequer podem proceder a abordagens pessoais quando demonstrada atitude suspeita por parte de indivíduo muitas vezes conhecido no meio policial e habitual na prática delituosa e, ainda, em local onde sabidamente ocorre a prática delitiva.

No entendimento desta autora, na mesma medida em que o Estado passa a restringir hermeneuticamente a liberdade de atuação das forças policiais, deve aparelhá-los e capacitá-los para desempenhem suas atividades dentro do que consideram a margem da legalidade, sob pena de tolher do próprio Estado o poder repressivo e, numa balança, acabar sempre deixando a criminalidade com mais peso e poder, tendo como resultado final a impunidade.

Na realidade, se a Constituição Federal e o Código de Processo Penal preveem a possibilidade de violação do domicílio desde que devidamente fundamentado o ato, a discussão ou mesmo a restrição de um conceito aberto deveria ser feita no próprio âmbito do Poder Legislativo. Deixar exclusivamente nas mãos do Poder Judiciário – a quem incumbe, a princípio, autorizar ou não o ingresso domiciliar, mediante a expedição de mandado – a tarefa de delimitar os casos em que seria possível a violação independentemente de ordem judicial, como se demonstrou, tem tornado praticamente impossível colocar em prática a exceção estabelecida pelo constituinte e pelo legislador.

Ora, se nem no caso em que o policial, ainda do lado de fora do imóvel, tem a certeza visual da ocorrência de flagrante delito em seu interior, então em quais casos será possível a diligência imediata e o ingresso domiciliar sem mandado judicial? Se, mesmo nesse caso, deve ser exigida investigação prévia, melhor seria reformular a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, pois não é isso que os ordenamentos estabelecem. Fosse esse o caso, não precisaria haver a previsão do ingresso domiciliar independentemente de mandado em caso de flagrante delito, pois se fosse necessária a investigação prévia mesmo nessas situações, nada impediria de pleitear junto ao Poder Judiciário autorização para a violação do domicílio. Ou seja, de nada valeria existir a previsão constitucional e legal quanto à exceção justamente nos casos em que, demonstrada a prática delitiva e a urgência na ação policial, fosse dispensada a necessidade de autorização judicial para proceder à busca. O Poder Judiciário, com interpretação tão garantista, tem tornado letra morta o próprio texto constitucional e o Código de Processo Penal, desconsiderando a vontade do legislador.



6. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, entende-se que, diferentemente do que vem sendo preconizado pelos Tribunais Superiores, a ocorrência de flagrante delito deveria confirmar a busca realizada, seja pessoal ou domiciliar, se demonstrados atendidos os requisitos estabelecidos no Código de Processo Penal. A justa causa ou a fundada razão é conceito aberto que deve ser discutido no próprio âmbito do Poder Legislativo pois, como demonstrado, o Poder Judiciário tem tolhido cada vez mais a possibilidade de as forças policiais agirem dentro do que estabelece a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, sob as teses de violações às garantias individuais dos investigados.

O que se tem visto é que, cada vez mais, têm os Tribunais exigido elementos concretos para que seja possível afastar a necessidade de autorização judicial para o ingresso domiciliar, a ponto de, recentemente, nem mesmo o juízo de certeza visual quanto à ocorrência de flagrante delito no interior de um imóvel ser elemento suficiente a justificar o ingresso domiciliar e proceder à prisão de criminosos ou a busca de elementos de convicção. Nesse sentido, parece que a tendência, para o Poder Judiciário, é que, em todo e qualquer caso, deva haver autorização judicial para a realização de diligências no interior de uma residência, o que vai na contramão da vontade do constituinte.

Não se defende aqui a arbitrariedade ou o abuso por parte das forças policiais, mesmo porque nada obsta o controle externo por parte do Ministério Público, nem o controle interno para apuração de suas condutas e a responsabilização administrativa, civil e penal, sem prejuízo, aí sim, da anulação das provas produzidas.

Não é o que se tem verificado, pois, independentemente de demonstrada a ocorrência de abuso e, ainda que tenham agido os policiais dentro do que prevê a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, fundamentando seus atos, tem-se partido do pressuposto da ilicitude das ações e das provas delas decorrentes, mesmo quando demonstrado concretamente terem se firmado em fundada suspeita para a realização da diligência, casos em que todos os atos têm sido invalidados.

Em outras palavras, apenas se concretamente demonstrado terem os policiais agido com abuso é que deveria ser o ato invalidado e os agentes responsabilizados. Interpretar e aplicar a lei de modo diverso é inverter valores e dar margem para que a criminalidade amplie



cada vez mais seus horizontes e firme, com aval do Poder Judiciário, sua liberdade de atuação.

Defende-se, portanto, que os casos de flagrante delito são, por si só, – desde que comprovada a existência de fundada suspeita que, demonstradamente, convença os policiais para a realização da diligência, – fundamento para proceder às buscas domiciliares ou pessoais, independente de mandado judicial. A invalidação do ato deve depender da concreta demonstração de abuso ou excesso por parte das forças policiais, e não o inverso, sob pena de inviabilizar o exercício, pelas forças policiais, do que a própria Constituição Federal e o Código de Processo Penal estabeleceram como possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, R. M. **Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável**. In: HOFFMANN, H. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

BRANCO, P. G. G; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. p. 13.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. – 3. ed. – Brasília, DF : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. p. 73.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 739.

MACIEL, S. Abuso de autoridade. In: CUNHA, R. S; GOMES, L. F. (coord.) **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** – 8ª ed. Ed: Revista dos Tribunais. p. 530.