

Santos: Do feeling à busca pessoal no processo penal

10/02/2021

Fundado na matriz inquisitorial, o Código de Processo Penal Brasileiro explicita linguagem e institutos legitimadores do Estado policaresco, cujas práticas repousam no expansionismo penal [1]. O emprego de conteúdo semântico aberto é estratégia corrosiva aos direitos e às garantias individuais constitucionalmente previstas. Sepulta a limitação do poder de punir e reforça nos agentes de Estado a heroização no combate ao crime.



Nessa esteira, tem-se o disposto no artigo 240 do

Código de Processo Penal, que regula a busca pessoal e domiciliar. O tema da busca domiciliar, por certo, enseja muitas discussões. A excepcionalidade contida no texto constitucional que dispensa ordem judicial para o ingresso na residência nas hipóteses de flagrante delito teve na interpretação extensiva a legitimação de muitos excessos. O Recurso Extraordinário nº 603.616 [2] foi a tentativa de as coisas serem postas nos seus respectivos lugares. O debate, no entanto, se intensifica a cada dia, tendo a comunidade jurídica experimentado deferimento de ingresso domiciliar coletivo (!).

Por seu turno, é na busca pessoal que o terreno se mostra fértil para as arbitrariedades e para o exercício da discricionariedade do agente público. Isso porque, segundo a redação do artigo 244 do Código de Processo Penal, a busca pessoal será realizada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida, objetos obtidos por meios criminosos, entre outros. Daí, muitos são os questionamentos que se pode lançar: 1) o que é fundada suspeita?; 2) como pode ser objetivamente demonstrada?; 3) como exerce contraditório a partir de sua (não) verificação?; 4) procedida a busca e nada ilícito sendo encontrado, pode haver responsabilização do agente público?; 5) há amparo legal para que se requeira, por escrito, o motivo gerador da busca pessoal em determinado indivíduo?; 6) há violação da presunção de inocência em tal prática?

Evidentemente, todos esses questionamentos extrapolam a mera erudição e carregam consigo as lacunas típicas do autoritarismo que ainda guia a persecução criminal das ruas. Ao se

permitir que expressões como essa constem na lei sem nenhuma filtragem constitucional, abre-se um campo interpretativo sem limitação, entregando a cada agente público e suas convicções (filosóficas, morais, raciais) o poder de escolher quem será revistado ou não. Toda busca pessoal carrega em si conotação vexatória. E insiste-se: o que se está a dar protagonismo são as buscas aleatórias, despidas de qualquer caráter de objetividade. Dito de outro modo: se está a evidenciar o procedimento de busca pessoal que se limita ao fortuito, ao acaso. A famigerada atitude suspeita (!). Aquela que ignora por completo a presunção de inocência e trata o indivíduo como suspeito em potencial, em verdadeira inversão do que assegura a Constituição Federal.

O que se mostrava ser a reprodução automática do disposto em lei — avessa a qualquer reflexão — passou a encontrar no Superior Tribunal de Justiça argumentos lúcidos e salutares no sentido de ressignificar a busca pessoal e, a partir de então, oferecer contornos e matizes para a expressão fundada suspeita, tudo de modo a fazer cumprir as promessas de um sistema acusatório.

Conforme referido, o tema foi enfrentado quando do julgamento do Resp 1.576.623/RS junto à 6ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça.

O caso concreto remonta ao ano de 2014, quando numa comarca do Rio Grande do Sul um indivíduo foi condenado a pena de seis anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, por tráfico ilícito de entorpecentes. De acordo com o que se extrai dos julgamentos, uma policial militar em férias teria achado estranho o comportamento de um sujeito que tentava entrar no condomínio onde esta morava portando uma mochila. Entendendo se tratar de uma atitude suspeita, a policial procedeu busca pessoal no indivíduo, logrando êxito em encontrar entorpecentes acondicionados na mochila.

A defesa interpôs apelação [3], a qual foi provida, revertendo a decisão condenatória. Em apertada síntese, entendeu a Câmara Julgadora do TJ-RS se tratar de prova ilícita, uma vez que não estavam presentes elementos concretos capazes de sustentar a versão da policial que afirmava ter feito a busca pessoal por entender que o indivíduo apresentava atitude suspeita. No entanto, segundo o voto condutor, não soube ela explicitar como sua suposição ou desconfiância poderia ser demonstrada. Como resultado, a apreensão de entorpecentes foi oriunda do acaso.

O recurso especial ora em comento foi interposto pelo Ministério Público do RS, tendo sido improvido. Em suas razões de decidir, o relator do Resp, ministro Rogério Schietti Cruz, assim se manifestou:

"A permissão, portanto, para a revista pessoal em caso de fundada suspeita decorre de desconfiância devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. É necessário, pois, que ela (a suspeita) seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade do indivíduo."

E segue o ministro afirmando que *"com efeito, não se mostra razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera suposição (algo intuitivo e frágil, portanto), sair revistando as pessoas pela rua e seus pertences e, então, verificar se com elas há ou não alguma substância entorpecente. A ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a busca pessoal pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à intimidade de sua condição fundamental"*.

É urgente que o processo penal brasileiro deixe de protagonizar reiteradas violações constitucionais. Não se pode mais conceder espaços para que a intimidade, a vida privada e a presunção de inocência sejam reduzidas à míngua como se fossem favores do Estado. Não se pode mais pactuar que a efetivação de uma prisão em flagrante acabe por abolir práticas pretéritas e sucessivas de ilegalidade. O sistema processual acusatório tem a obrigação de banir qualquer política criminal que se oponha à presunção de inocência. A desconfiança, as suposições não podem ser premiadas quando da lavratura de auto de prisão em flagrante que, na sua essência, é fruto do acaso. A famigerada *fundada suspeita* deve sempre estar alicerçada em dado objetivo e concreto. Situação de flagrante que se apresenta após a revista de um indivíduo, sem se sustentar nos estreitos contornos do artigo 240, §2º, do CPP e afins, não pode justificar a medida. Inexistindo na situação concreta motivos que possam ser concretamente checados de que a busca pessoal se mostra(va) necessária, deve importar no reconhecimento da ilicitude da prova. Em um processo penal democrático a relativização de garantias constitucionais deve ter na solidez sua legitimidade. Não se pode mais permitir que a fé pública e o *feeling* do agente de Estado sejam a ancoragem do poder de punir.

[1] SILVA SÁNCHEZ, José Maria. A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[2] Matéria Criminal. Busca e apreensão em residência sem mandado judicial. Inviolabilidade do domicílio. Prova ilícita. Repercussão geral admitida. (RE 603616 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-08 PP-01686 RJSP v. 58, n. 396, 2010, p. 163-168 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 495-498)

[3] (Apelação Crime, Nº 70059035261, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em: 10-07-2014).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-fev-10/santos-feeling-busca-pessoal-processo-penal/>