

A FUNDADA SUSPEITA E A BUSCA VEICULAR - A RECENTE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rômulo de Andrade Moreira¹

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso em Habeas Corpus n.º. 142.588/PR, tendo como relator o Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região), decidiu que se “*considera ilícita a busca pessoal e veicular executada por guardas municipais sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do § 2º. do art. 240 do CPP.*” O voto do relator, seguido à unanimidade, observou que “*tendo a busca pessoal ocorrido apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes de segurança (sic), sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, deve ser reconhecida como ilegal*”, bem como ilícita a prova dela derivada.²

Assim, deu-se provimento ao referido recurso, declarando-se ilegal a apreensão da droga e, conseqüentemente, determinando-se o trancamento do processo.³

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

² Acompanharam o relator os Ministros Sebastião Reis Júnior, Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro.

³ No caso concreto, os recorrentes haviam sido presos em flagrante e denunciados pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º. 11.343/2006.

Na origem, o tribunal houvera decidido “*ter havido fundada suspeita a justificar a busca pessoal e veicular realizadas, pois os guardas municipais atuaram em precisa consonância aos ditames legais e constitucionais, movidos por fundada suspeita de prática criminosa pelos pacientes, do que decorreu suas legítimas prisões em flagrante delito e a apreensão das drogas, sendo que tal prática não excedeu a correlata.*” (o grifo não consta do original).

Os réus, então, recorreram à Corte Superior, alegando “*a nulidade da busca domiciliar executada por guarda municipal, porquanto realizada anteriormente à caracterização do flagrante, tendo sido realizada apenas por terem os agentes visualizado um jovem saindo de um carro e entrando às pressas numa residência, fato este que não caracteriza flagrante delito (art. 302, CPP), evidenciando-se a ausência de fundada suspeita e a ilicitude da prova colhida.*”

Conforme ficou consignado no voto do relator, e em consonância com a jurisprudência do próprio STJ, “*inexiste qualquer óbice à realização de prisão, em situação de flagrância, por guardas municipais ou qualquer outra pessoa, não havendo falar, em tais casos, e somente por isso, em ilicitude das provas daí decorrentes.*”

Nada obstante, acertadamente, entendeu o relator que, “*quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º. do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que esteja autorizada a medida invasiva, estando ausente de razoabilidade considerar que, por si só, o fato de um dos ocupantes ter saído do veículo ao avistar a viatura, aparentando nervosismo, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal e veicular ocorrida posteriormente.*” (este grifo também não está no voto).

Assim, “*se não amparada pela legislação a revista pessoal, que foi realizada apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes de segurança, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, vislumbra-se a ilicitude da prova, e, nos termos do art. 157 do CPP, deve ser desentranhado dos autos o termo de busca e apreensão das drogas, além dos laudos preliminares e de constatação da droga, afastando-se, conseqüentemente, a prova de existência do fato*”, razão pela qual, como foi dito, determinou-se o trancamento do processo.

Pois bem.

Como se sabe, ao lado da busca domiciliar, o *caput* do art. 240 do CPP autoriza também a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafeição, objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, cartas, abertas

ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, além de qualquer elemento de convicção.

No caso da busca pessoal, dispensar-se-á o respectivo mandado judicial quando houver prisão (seja em flagrante ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária), ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (art. 244, CPP).⁴

Esse tema já foi objeto da doutrina processual penal no Brasil há muito tempo. Assim, por exemplo, Câmara Leal, em obra publicada no mesmo ano em que entrou em vigor o atual CPP, já ensinava que, *“dada a inviolabilidade da liberdade pessoal, a busca só poderá ser concedida em casos especiais, expressamente definidos em lei, e sem um legítimo motivo legal, devidamente comprovado, não se permite a busca e apreensão.”*⁵

Ainda na antiga doutrina – e mesmo entre os velhos procedimentalistas - cita-se também Galdino Siqueira, comentando inclusive a legislação anterior ao atual CPP, quando afirmava que a busca poderia *“ser feita na própria pessoa, que esteja ou haja fundada probabilidade de estar de posse dos objetos furtados, falsificados ou necessários à prova de algum crime, observado neste caso, no que for aplicável, o que se dispõe sobre a busca domiciliar.”*⁶

Em outra obra clássica do nosso processo penal, João Mendes de Almeida Junior, já à luz do atual código, adverte que *“a regra, neste caso, é sempre a extrema necessidade, máxime nos casos que pedem a maior reserva e o emprego de meios intermediários que a decência e as suscetibilidades legítimas impõem.”*⁷

Igualmente, Espínola Filho, ao admitir uma certa e perigosa discricionariedade na busca pessoal, já ponderava que esse fato não se *“confunde, porém, com o abuso e o excesso*

⁴ Observa-se que “a busca pessoal também vai legitimar a busca em automóveis, não havendo qualquer necessidade de ordem judicial.” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 588). Outrossim, quanto à apreensão de cartas, nota-se a disposição constitucional que declara a inviolabilidade da correspondência (art. 5º., XII), o que torna o dispositivo processual incompatível com a ordem constitucional vigente.

⁵ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, Volume I**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1942, p. 92.

⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 182.

⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1959, p. 70.

*de poder, pelo qual responde, até criminalmente, a autoridade que se exorbita”, atentando-se para a “necessidade de agir com circunspeção, com delicadeza, não excludente da energia, e com a decência, indispensável para que se respeitem o decoro e o pudor da pessoa revistada.”*⁸

Também Vicente de Azevedo já anotava que a *“busca pessoal oferece de delicado o atentado contra a dignidade humana, restrição ao respeito físico a que tem o cidadão indiscutível direito.”*⁹

No mesmo sentido, e ainda no ano de inauguração do CPP, Borges da Rosa escreveu que *“a suspeita deve ser fundada, isto é, não vaga, e, sim, forte, séria, apoiada num motivo plausível, aceitável, irretorquível; ter um fundamento real, indiscutível sobre que se apoie a sua razão de ser.”*¹⁰

Na doutrina atual, faz-se referência, por justiça e homenagem, às lições sempre pertinentes de Aury Lopes Jr., especialmente quando questiona: *“Mas o que é ‘fundada suspeita’? Uma 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. Elementar que os alvos são os clientes preferenciais do sistema, por sua já conhecida seletividade. Eventuais ruídos podem surgir quando se rompe a seletividade tradicional, mas dificilmente se vai além de mero ruído. Daí porque uma mudança legislativa é imprescindível para corrigir tais distorções.”*¹¹

Também muito pertinente, inclusive por se tratar de uma obra que trata especificamente do tema, é a opinião de Cleunice Pitombo, segundo a qual, *“utiliza-se o subjetivismo para autorizar a busca pessoal, sem mandado judicial, atribuindo-se ao executor a valoração e entendimento do termo legal ‘fundadas suspeitas’, expressão ambígua e oca”,* razão pela qual é *“intolerável legitimar a busca com critério subjetivo, que é inconcebível no processo*

⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 204.

⁹ VICENTE DE AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de Direito Judiciário Penal.** São Paulo: Saraiva, 1958, p. 29.

¹⁰ ROSA, Inocencio Borges. **Processo Penal Brasileiro, Volume II.** Porto Alegre: Globo, 1942, p. 148.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2021, p. 587. E, em nota de rodapé, lembra: *“exemplo típico desses abusos são as buscas pessoais feitas em ônibus urbanos, especialmente nas periferias, vias e ‘favelas’ das grandes cidades brasileiras. Como sustentar que, em relação a 50 pessoas desconhecidas (muitas retornando para casa após uma longa jornada de trabalho), existe ‘fundada suspeita’ de que alguém oculte armas, coisas achadas por meios criminosos etc.? Como justificar que todos tenham que descer, ficar de costas, com braços e pernas abertos, para serem revistados (muitas vezes sob mira de armas, com nervosos dedos no gatilho)? Ora, nada mais é do que uma atitude calcada nas metarregras do sistema punitivo, especialmente nas revoltantes discriminações raciais, econômicas e sociais.”*

penal”, lembrando, outrossim, que “*a busca pessoal, também, importa restrição à liberdade individual, podendo-se visualizar eventual violação à intimidade (art. 5º, X, CF).*”

Por fim, importante ressaltar que a Lei n.º. 13.869/19, que define os crimes de abuso de autoridade, tipifica como ilícito penal o fato de se “proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito.” (art. 25).

Assim, seja com ou sem mandado (no caso do art. 244), é preciso que o executor limite-se rigorosamente às suas atribuições legais e constitucionais, agindo nos exatos termos do art. 23, III, primeira parte, do Código Penal (estrito cumprimento do dever legal), ressaltando-se, ainda em conclusão, que os guardas municipais não têm atribuição constitucional para cumprimento de quaisquer mandados judiciais, não sendo, nem sequer, integrantes de algum órgão de segurança pública, conforme aqueles indicados nos incisos do *caput* do art. 144 da Constituição Federal, tendo a sua atribuição estabelecida expressa e indubitavelmente no § 8º. do art. 144.