



## Busca pessoal e domiciliar no CPP: entre procedimentalistas e substancialistas criminais

O tema de hoje é a busca pessoal e domiciliar no CPP a partir das posições procedimentalista ou substancialista.

### Entre procedimentalistas e substancialistas

Para além do Sistema Acusatório [CPP, artigo. 3º-A], com a redação dada pelo STF (Supremo Tribunal Federal), o sentido e referente das normas criminais estão dispersas no espectro de duas posições extremas: [1] Procedimentalismo Criminal [Principlológica; Com Legitimidade Procedural]; ou, [2] Substancialismo Criminal [Pragmática; Vale pelo Resultado]. Os critérios são distintos. Enquanto os procedimentalistas declaram, reconhecem e sustentam as garantias penais e processuais [as garantias prevalecem sobre o resultado, posição típica do Estado democrático de Direito], os substancialistas negam, esquivam e legitimam pelo “resultado” [a substância prevalece sobre o procedimento, posição típica de Estado policialesco].

Se o devido processo legal é cláusula universal, aplicável a todos titulares de dignidade humana [ser humano], as distinções ad-hoc violam a premissa democrática porque modulam seletivamente quem “merece” garantias criminais. Todos deveriam ser credores do mesmo âmbito de incidência. Aliás, é a função do agente público numa democracia. Entretanto, a ampliação da rivalidade entre extremos transforma a racionalidade em posições emocionais, descoladas do mínimo de normatividade, herdadas da mentalidade inquisitória que forma, performa e deforma [Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Leonardo de Paula demonstram no *Observatório da Mentalidade Inquisitória*].

Spacca



**Alexandre Morais da Rosa**  
*magistrado e professor*



O tema foi objeto de dissertação defendida pela magistrada federal Carla Fernanda Fritsch Martins, junto ao Mestrado Profissional da UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina), sob a orientação do professor Matheus Felipe de Castro, com o título: “Standards probatórios para entrada em domicílio em situação de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: estudo de caso a respeito da aplicação do entendimento firmado no HC nº 598.051/SP”. O trabalho demonstra a “esquiva interpretativa”, prevalecendo a interpretação substancialista, ainda que contrária ao Precedente Vinculante do STF (Tema 280 — STF, RE 603.616, min. Gilmar Mendes] e do *Leading Case* do STJ, nos autos do HC 598.051, min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 02/03/2021.

### **A função da busca no processo penal brasileiro**

A busca é uma medida recorrente nas investigações criminais. O texto original do Código de Processo Penal é uma das razões pelas quais a matéria ainda não recebeu a necessária atenção. Eis algumas críticas: amplitude semântica da “fundada suspeita” [1], abordagens indistintas em automóveis [2], seletividade de abordagens [3], “atitude suspeita” [4], impossibilidade de realização de busca pelas guardas municipais [5], ilicitude das abordagens imotivadas [6], o caráter vexatório das revistas íntimas a visitantes “não presas” de pessoas presas [7]. Nas buscas domiciliares, somam-se a extensão do conceito de domicílio e as justificativas para o seu ingresso.

Neste texto, analisamos os limites da licitude da busca pessoal e domiciliar. Para tanto, serão abordadas tanto a regulamentação prevista no CPP, quanto a teoria do ato administrativo. Sempre partindo da leitura constitucional, como não poderia deixar de ser. Mormente quando o texto dos dispositivos em vigor [CPP, artigo 244] é fruto de inspiração autoritária declarada na Exposição de Motivos, com loas ao franquismo, devidamente rompida pela Itália em 1989, mas mantida pelo Movimento da Sabotagem Inquisitória [Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa].

Essa abordagem é justificável por dois motivos. Primeiro, pelo aspecto diferenciado, inovador ao menos no percurso [8]. Segundo, pela nota técnica emitida ainda em 2018 pelo Conselho Nacional de Comandantes Gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, na qual os integrantes concluíram com uma consideração que converteu a busca pessoal em medida securitária, cuja avaliação de pertinência ficaria ao arbítrio do policial:

*[...] a abordagem é ato administrativo discricionário próprio de polícia administrativa (preventivas), especialmente das polícias militares, as quais recaem, no contexto do sistema de segurança pública brasileiro, a missão de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, conforme preceitos constitucionais.*

*Assim, as milhares de abordagens realizadas, diuturnamente, pelas polícias militares garantem a segurança pública e a paz social, assegurando que o iter criminis não se consubstancie em execução e consumação [9].*

Passados cinco anos da emissão da nota, esse continua sendo o posicionamento majoritário. Não somente das polícias, mas, como ficou claro com o caso de Jacson Zilio.

### **Busca pessoal e busca domiciliar**



---

A busca é meio de obtenção de prova previsto nos artigos 240 a 250 do CPP. Pode ser de duas modalidades: (a) domiciliar; ou (b) pessoal.

Apesar do aproveitamento de seus resultados no processo penal, a busca é um ato administrativo, mesmo se realizada com autorização judicial. Essa natureza jurídica vincula a busca pessoal aos limites estabelecidos no direito administrativo (sempre respeitando os direitos e as garantias fundamentais).

Primeiro, os elementos do ato. **Conteúdo:** o ato em si, nesse caso, a busca. **Forma:** o modo de exteriorizar o ato, que, no caso da busca, deve ser realizada de modo a preservar os direitos fundamentais, sobretudo a vida, a integridade física, a honra e a dignidade humana (sem ofensas, humilhações, exposição midiática, violência etc.) [10], a proteção domiciliar e da propriedade privada.

A única formalidade estabelecida para a busca pessoal é a da realização da diligência por policial mulher, se não prejudicar ou retardar a diligência (artigo 249 do CPP), o que autoriza quase sempre a realização da diligência por homens. Obviamente, a exceção não foi recepcionada pela Constituição, pois autorizaria um tratamento indigno e humilhante. Ademais, há muitos mais requisitos de licitude expressos no CPP para a realização de buscas domiciliares (artigo 245, 246 e 248 do CPP), em nítida preferência pelo patrimônio em detrimento das pessoas. Eis o descaso autoritário do CPP de 1941 e a razão pela qual se utilizou como formalidades os Direitos Fundamentais. O limite à busca deve ser o mesmo estabelecido para a busca domiciliar, aplicável por analogia: a pessoa abordada não deve ser molestada mais que o indispensável para a realização da diligência [11] (artigo 248 do CPP).

Segundo, pressupostos de existência. **Objeto:** o que é disposto pelo ato, sobre o que incide o ato. A existência de ato depende da existência de objeto, pois o ato é um conteúdo exteriorizado sobre um objeto. **Pertinência à função administrativa:** o ato jurídico deve ser realizado pelo estado ou por particular que atue como gestor de negócios públicos, concessionário de serviço público ou delegatário de função pública [12]. **Requisitos procedimentais:** atos jurídicos anteriores, pressupostos para a prática dos atos administrativos sucessivos [13].

Terceiro, pressupostos de validade. **Sujeito:** agente que pratica o ato com a atribuição legal de praticá-lo. **Motivo:** situação fática, precedente ao ato, que dá causa, enseja a prática do ato administrativo. O motivo pode ser previsto em lei (ato vinculado) ou não (ato discricionário). Assim, o ato administrativo deve ser motivado, antes ou durante a prática, de modo que fique clara a adequação entre as circunstâncias fáticas à previsão legal (motivo legal) [14], sob pena de ser inválido o ato administrativo [abuso de autoridade].

Ademais, os fatos invocados na motivação são determinantes, de modo que a falsidade, inexistência ou erro implicam em invalidade do ato, conforme a teoria dos motivos determinantes. **Finalidade:** bem jurídico a garantir mediante a execução do ato administrativo [15]. O desvio de finalidade invalida o ato administrativo. **Causa:** correlação lógica entre o conteúdo (elemento) e o motivo (pressuposto de validade) do ato administrativo. **Formalização:** definição da maneira pela qual o ato administrativo deve ser praticado. Atos administrativos podem ser escritos, orais ou, excepcionalmente, gesticulados ou por sinais. O descumprimento da formalização também invalida o ato, exceto em casos excepcionais de mera irregularidade [16].

## Elementos e pressupostos da busca



O conteúdo do ato é a busca em si. A forma deve respeitar os direitos fundamentais. O objeto da busca não é a pessoa (sujeito de direito) e nem o domicílio ou patrimônio (local habitado pelo sujeito de direito), mas o material buscado no corpo ou no domicílio da pessoa: objetos, armas e munições, instrumentos, produtos, proveitos, documentos, elementos de convicção e vítimas de infrações penais (artigo 240, § 1º, do CPP). A busca pessoal é ainda mais restritiva, porquanto só é autorizada para apreender objetos, instrumentos, armas e munições, objetos de prova, documentos ou elementos de convicção (artigo 240, § 2º, do CPP).

O sujeito ativo da busca é o policial militar, civil, ferroviário federal, rodoviário federal ou federal. O sujeito passivo é o revistado ou habitante do domicílio — somente o visado da busca e titular do âmbito de proteção da norma [todos].

O motivo da busca pessoal precisa ser um dos três previstos no artigo 244 do CPP: existência de mandado judicial, prisão em flagrante do revistado ou existência de fundada suspeita [objetiva, tangível, explícita e antecedente]. O motivo da busca domiciliar precisa ser a existência de flagrante delito no interior do domicílio ou cumprimento de mandado (artigo 5º, XI, da CRFB). As “fundadas razões” (artigo 240, § 1º, do CPP) só podem ser admitidas como razões que indicam a causa provável da situação de flagrante no interior do domicílio. Do contrário, admitir-se-ia a ampliação das autorizações constitucionais para ingresso no domicílio. É inválido “entrar para procurar algo que não se sabe o que é”.

A motivação corresponde à explicação de como os fatos se adequam a alguma dessas hipóteses consideradas como motivos.

A finalidade da busca e apreensão é a persecução do crime, mas deve estar vinculada a alguma das alíneas do artigo 240, § 1º, do CPP, servindo também para tutelar o bem jurídico objeto de criminalização no tipo legal. Nesse sentido, por exemplo, uma busca para apreender o objeto do crime tem a finalidade de garantir o patrimônio da vítima.

A causa é a correlação entre a busca e o motivo da busca, de modo que é necessário que a busca pessoal se dê, exclusivamente, em uma das hipóteses: existência de mandado judicial, prisão em flagrante do revistado ou existência de fundada suspeita (artigo 244 do CPP); prisão em flagrante ou cumprimento de mandado judicial (artigo 5º, XI, da CRFB).

O ato administrativo de busca talvez seja aquele com a formalização mais complexa dentre todos os atos administrativos. Se houver mandado judicial, a motivação será fornecida por escrito. Nos casos de prisão em flagrante e de fundada suspeita, a motivação deve ser expressada oralmente. Em ambos, é indispensável que o **motivo preceda ao ato**, nada obstante o Supremo Tribunal Federal ter decidido que **a justificção (motivação) possa ser a posteriori** (Tema 280).

### **Consequência jurídica da inexistência de autorização para a busca**

Inexistindo alguma das hipóteses autorizadoras da prática do ato administrativo, inexistente motivo para a prática do ato. Consequentemente, o ato administrativo será ilícito por violação aos direitos fundamentais do revistado/habitante.



Entretanto, se estiver presente a fundada suspeita para a busca pessoal, mas a motivação do ato não for expressada pelo agente público, outra problemática exsurge. Em geral, seria o caso de invalidação do ato administrativo [17]. Contudo, a busca pessoal é medida invasiva, potencialmente violadora de direitos fundamentais, de modo que a ausência de motivação, por violar o dever de motivar os atos administrativos, deve resultar em ilicitude do ato.

Esse raciocínio também é aplicável para as buscas realizadas com a finalidade de apreender pessoas/objetos não previstos nas alíneas do artigo 240, § 1º, do CPP ou diversos daqueles para os quais há autorização. No primeiro caso, por ausência de autorização legal para a atuação. No segundo, por caracterizar *fishing expedition*.

Independente da circunstância, quaisquer elementos obtidos através da busca, apenas não motivado ou além dos motivos legais, devem ser declarados ilícitos e, por isso, devem ser excluídos (artigo. 157, § 3º, do CPP). Já os atos dependentes da busca (denúncia, decisão de recebimento da denúncia e eventual condenação) devem ser nulificados (artigo 573, § 2º, do CPP).

Nessas hipóteses de ilicitude, a recusa pelo abordado à busca é legítimo exercício do direito de resistência a atos abusivos do estado, portanto, não criminoso [18], dentro do âmbito de proteção.

Os atos jurídicos dos agentes públicos, por outro lado, ao não preencherem os requisitos para que sejam atos administrativos, podem caracterizar alguma(s) das modalidades do crime de abuso de autoridade. Daí por que os agentes públicos que praticam atos abusivos devem ser punidos e os ofendidos devem ser indenizados pelo ente público ao qual os agentes estão vinculados [19]. Muitas vezes não se entende que declarada a ilicitude, em face da indisponibilidade da ação penal, não se apura a responsabilidade dos agentes públicos, na forma da lei.

### **Julgados recente do STF e do STJ**

Inúmeros julgados recentes do STF e do STJ fazem uma filtragem constitucional do processo penal em matéria de busca. O motivo dessa filtragem é simples: há incontáveis pontos de conflito entre a Constituição e o CPP — e não se pode esquecer a advertência de Jacinto Coutinho: tentar compatibilizá-los é tentar algo quase impossível.

Vale destacar alguns desses julgados.

Do STF: (a) denúncia anônima de tráfico não autoriza entrada em domicílio (AgRg no HC 175.038); (b) as guardas municipais não podem realizar investigações (AgRg no RE 1.281.774); (c) a autorização constitucional para ingresso em domicílio sem mandado em caso de flagrante delito não possibilita o ingresso em domicílio para investigar a possibilidade de flagrante delito (HC 226.493); (d) invasão de domicílio fundada em “sexto sentido” de policial é causa de ilicitude probatória (HC 227.279); e (e) a falta de aviso sobre o direito ao silêncio durante abordagem torna ilícitas as provas (RHC 207.459).

Do STJ: (a) o Ministério Público deve provar que a polícia obteve autorização para ingresso domiciliar sem mandado (AgRg no HC 567.784, HC 697.339 e AgRg no HC 784.340); (b) policiais não podem realizar busca pessoal durante o cumprimento de mandado de prisão (AgRg no RHC 172.290); (c) a



polícia não pode realizar *fishing expedition* durante apreensão (AgRg no RMS 62.562 e HC 663.055); (d) nervosismo de suspeito não autoriza ingresso em domicílio sem mandado (HC 669.525 e REsp 1.691.459); (e) fuga de suspeito ao avistar a polícia não autoriza ingresso em domicílio (HC 695.980), nem mesmo quando cumulada com denúncia anônima (HC 720.178); (f) caráter permanente do crime não é suficiente para autorizar ingresso em domicílio sem mandado (HC 721.911); (g) suposto pedido de socorro não autoriza a polícia a ingressar em domicílio para efetuar prisão (HC 758.867); (h) o “sexto sentido” de policial não autoriza entrada em domicílio (HC 763.290); (i) denúncia anônima não autoriza ingresso em domicílio (HC 766.654); (j) denúncia anônima não autoriza busca pessoal (HC 808.907); (k) denúncia anônima somada à intuição policial não justificam busca pessoal (RHC 158.580); e (l) “não é porque um policial alega que a Justiça deve acreditar” (HC 742.112).

Entre procedimentalismo e substancialismo criminal não deveria existir controvérsia democrática.

### PS1. Vida longa ao Jacson Zilio

O recente pedido de remoção compulsória do Promotor de Justiça e professor doutor Jacson Zilio, formulado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Paraná causou uma onda de reações de apoio. Este texto se soma às manifestações favoráveis ao trabalho desempenhado.

PS2. O pedido de remoção compulsória de Jacson Zilio se deu por seguir alguns desses julgados de referência — talvez todos.

---

[1] Nesse sentido, vide a contundente crítica: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 527-530.

[2] Nesse sentido: “Não raro, temos assistidos pais de família, mulheres e homens honestos, às vezes proles inteiras, inclusive criança de tenra idade, serem confundidos com os piores bandidos e traficantes. Os veículos em que transitam, são interceptados nas barreiras policiais, às margens da rodovia, e todos que estão a bordo são obrigados a desocupá-lo e, sob mira ameaçadora de armas de grosso calibre, submetidos a revista pessoal. O mesmo ocorre com o automóvel e a bagagem que são inteiramente vasculhados, revirados e remexidos. [...] a ‘busca pessoal’, incluindo-se aí, por extensão o automóvel e a bagagem transportada, somente poderá ser realizada quando recair sobre a pessoa que será submetida à revista, fundada suspeita de que oculte consigo arma e objetos proibidos (tóxicos por exemplo) ou que sejam, tais objetos; produtos de origem criminosa. Lamentavelmente, as revistas efetivadas nas rodovias brasileiras, ocorrem de maneira indistinta, onde todos, com notáveis exceções, praticando conduta ilícita, prevista no Código Penal e na Lei nº 4.898/65, que trata do abuso de autoridade. Poderão alguns objetar, invocando, obviamente, a segurança social... Todavia, em que pesem as razões suscitadas, elas sempre chocarão com a barreira intransponível da lei. Nesse caso, somente duas opções nos restarão: ou cumprimos a lei ou a revogamos, como forma de se permitir a realização das buscas sem as cautelas hoje exigidas”. In: SILVA, Paulo Márcio da. Da ilegalidade da busca realizada em “blitz” policial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 26, pp. 6-6, 1995, p. 6.



[3] Vide: MONDIN, Mauro Monteiro. Tolerância zero, discriminação máxima. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 53, pp. 14-14, 1997.

[4] Vide: BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Da famigerada atitude suspeita. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, pp. 3-3, 1994.

[5] Estabelecida em voto do autor em acórdão cuja numeração não foi indicada: “o artigo 144, § 8º, da CF, limita a função da Guarda Municipal à proteção dos bens do Município, serviços e instalações. [...] é certo [...] que, por força do artigo 301 do CPP, ‘qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito’. Porém, não se discute a viabilidade do flagrante realizado pelo guarda municipal. Analisa-se a possibilidade que teria o referido policial municipal de invadir o direito à intimidade do cidadão e realizar uma busca pessoal no apelado, sem que tivesse poderes para isso”. In: NAHUM, Marco. **Guarda Municipal**. Desrespeito à Função Constitucional. Ilicitude da Prova. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/449-Guarda-Municipal-Desrespeito-a-Funcao-Constitucional-Ilicitude-da-Prova](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/449-Guarda-Municipal-Desrespeito-a-Funcao-Constitucional-Ilicitude-da-Prova). Também nesse sentido: PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Busca pessoal**. Incompetência da autoridade policial. Ilicitude da prova. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/722-Busca-e-apreensao-pessoal-e-prova-ilicita](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/722-Busca-e-apreensao-pessoal-e-prova-ilicita).

[6] PÓLO, Giovana. Busca e apreensão pessoal e prova ilícita. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 92, pp. 9-9, 2000.

[7] OLIVEIRA, Saulo Dutra de. Mulheres visitantes em unidades prisionais: da invisibilidade ao tertium genus social. Ainda o Direito Penal do Inimigo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 244, pp. 16-18, 2013.

[8] Existem outras tentativas de leitura da busca pessoal via teoria do ato administrativo, mas não se localizou nenhuma abordagem como esta. Portanto, o caráter inovador decorre do percurso textual. Intencionalmente se deixou de citar os textos aqui referidos a fim de evitar que a constatação seja interpretada como crítica aos autores.

[9] Disponível em: <http://cncg.org.br/wp-content/uploads/2018/05/ABORDAGEM-POLICIALFINAL.pdf>.

[10] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 393-394.

[11] Obviamente, dispensabilidade e indispensabilidade são expressões amplas. A resposta correta virá depois do caso. Não antes. Mas a restrições aos direitos fundamentais devem ocorrer da forma menos invasiva e grave possível.

[12] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 395-396.

[13] Por exemplo: nomeação e posse do funcionário público para dar início ao exercício efetivo do cargo público. Sem a posse, não é possível praticar ato administrativo. Celso Antonio Bandeira de Mello classifica esse requisito como pressuposto de validade (In: MELLO, Celson Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**



---

, p. 404-405), contudo, sem os atos jurídicos pressupostos, inexistente ato administrativo.

[14] Há uma subdivisão do motivo em motivo do ato e motivo legal, inspirada na tradicional dicotomia entre questão de fato e questão de direito. Contudo, só existirá motivo para o ato administrativo se os requisitos legais da motivação estiverem preenchidos. Em outros termos, é necessária uma adequação entre as circunstâncias fáticas e a lei para que se possa falar em motivo. Do contrário, não haverá motivo e o ato administrativo será ilícito.

[15] Por exemplo: prisão em flagrante, realizada por policial militar, para evitar um homicídio. Nesse caso, a finalidade do ato administrativo de prender alguém em flagrante, interrompendo a execução do crime de homicídio, é preservar o bem jurídico, vida, do ofendido.

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 396-413.

[17] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 397-398.

[18] Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu o habeas corpus nº 81.305/GO para arquivar um termo circunstanciado pela suposta prática do crime de desobediência por um rapaz que se recusou a aceitar a revista da polícia militar. A motivação do ato jurídico foi a suspeita de o rapaz estar portando uma arma por baixo de um blusão. Em outros termos: o motivo da busca foi o abordado vestir uma blusa longa.

[19] Art. 37, § 6º, da Constituição: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Vid. CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal**. Florianópolis: EMais, 2022, p. 153-166.

## Meta Fields