

BUSCA E APREENSÃO

- Busca
- Apreensão
- Objetos e pessoas
- Meio de obtenção de prova
- Fontes materiais de prova

Obs.: É comum o uso do termo “busca e apreensão” de forma genérica, como se representasse um único ato. Na realidade, trata-se de um procedimento único, porém dividido em dois momentos: o da busca e o da apreensão. Consiste em uma diligência destinada à obtenção de provas, pois, caso sejam encontrados e apreendidos objetos ou pessoas, essas informações serão levadas aos autos para fins probatórios no processo penal. Assim, constitui meio de obtenção de prova, por meio do qual se produzem fontes materiais, como uma arma ou substância entorpecente apreendida, ou ainda uma pessoa localizada em determinado local. A análise inicia-se a partir do tratamento conferido pela lei ao instituto.

- art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.
- **busca pessoal** – autoridade policial ou judiciária

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

- busca domiciliar – autoridade judiciária

Obs.: A busca e apreensão pode ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Na fase pré-processual, correspondente à investigação, sua realização depende de requerimento, não podendo o juiz determiná-la de ofício. No curso da ação penal, entretanto, é possível que seja determinada de ofício. O art. 242 do Código de Processo Penal prevê expressamente que a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, disposição que deve ser considerada correta em provas.

A busca pode ser pessoal ou domiciliar. O art. 6º do Código de Processo Penal estabelece que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da prática de infração penal, deve apreender os objetos relacionados ao fato, após liberação pelos peritos criminais. Algumas diligências são adotadas imediatamente pela autoridade policial no momento em que toma ciência da infração penal, podendo proceder à busca necessária à elucidação do fato criminoso.

A busca pessoal pode ocorrer tanto por determinação judicial quanto por iniciativa da autoridade policial, e consiste na verificação da pessoa para identificar se porta arma, objeto ou qualquer elemento de interesse à produção probatória relacionada ao crime investigado.

BUSCA PESSOAL

- por razões de segurança
- de natureza processual penal – fundada suspeita

Art. 240, § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

f) apreender 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;

h) colher qualquer elemento de convicção.

Art. 244. A busca pessoal independe 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.

Obs.: Quando ocorre a prisão de uma pessoa, deve ser realizada a busca pessoal no indivíduo, como medida de segurança. Caso o preso esteja armado, a ausência da busca poderia permitir que utilizasse a arma para praticar nova conduta criminosa, inclusive contra si próprio.

A primeira hipótese de busca pessoal ocorre, portanto, em razão da prisão. A segunda, diante de fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Por fim, há a possibilidade de busca pessoal durante o cumprimento de busca domiciliar. Nessa situação, ao chegar à residência para a execução da medida, é possível também realizar a busca pessoal dos presentes.

Essas são as hipóteses em que a busca pessoal pode ocorrer sem mandado judicial. Quando a autoridade policial toma conhecimento da prática de um crime e se dirige ao local dos fatos, conforme previsto no art. 6º do Código de Processo Penal, ao encontrar o autor do delito, deve proceder à busca pessoal imediatamente, sem aguardar mandado, a fim de verificar se o indivíduo porta arma, objetos relacionados ao crime ou qualquer item relevante à investigação.

Também é possível a busca pessoal com mandado judicial. Nesse caso, a autoridade policial representa ao juiz, demonstrando fundadas suspeitas de que determinado indivíduo esteja em posse de objeto ilícito – por exemplo, item de falsificação – e requer autorização para a busca e apreensão do referido objeto.

Art. 243, § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

A teor do **art. 244** do CPP, a busca pessoal justifica-se quando existente fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Na espécie, a busca policial se deu de forma legal, tendo em vista a existência de fundada suspeita de que o paciente estaria escondendo algo na sacola plástica que carregava (balança de precisão, 119,25 g de maconha e a quantia de R\$ 587,00), revelado pelo seu comportamento excessivamente nervoso e pelo fato de ser conhecido pelo envolvimento com o tráfico de drogas na região. (HC 614.339/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021)

Obs.: Essa regra deve ser interpretada em conjunto com o art. 244 do Código de Processo Penal. Caso, durante a busca, seja localizado em poder do defensor do acusado um documento relacionado ao direito de defesa, não é permitida sua apreensão, salvo se constituir elemento do corpo de delito. Essa ressalva é expressamente prevista em lei.

A fundada suspeita tem sido objeto de ampla análise pela jurisprudência. Inicialmente, exigia-se sua presença apenas para a busca e apreensão domiciliar. Embora a lei mencione a necessidade de fundada suspeita também na busca pessoal, a jurisprudência, em um primeiro momento, mostrava-se mais flexível em relação a essa exigência. Contudo, nos últimos anos, o entendimento consolidou-se de forma mais rigorosa quanto à necessidade de sua efetiva configuração para a realização da busca pessoal.

Conforme entendimento jurisprudencial, a busca pessoal é legítima quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Em um dos precedentes, reconheceu-se a legalidade da busca diante da suspeita de que o indivíduo ocultava algo em uma sacola plástica, ocasião em que foram encontrados uma balança de precisão, 119,25 gramas de maconha e R\$ 587,00. A suspeita baseou-se no comportamento excessivamente nervoso do investigado e em seu histórico de envolvimento com o tráfico de drogas na região.

Observa-se, contudo, que a jurisprudência nem sempre é uniforme quanto à caracterização da fundada suspeita. Comportamentos isolados, como o nervosismo excessivo ou o ato de olhar repetidamente para os lados, não são, por si sós, suficientes para justificá-la, conforme diversos julgados. Assim, é necessário acompanhar constantemente a evolução



10m

da jurisprudência, especialmente as decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, que frequentemente são objeto de questões em provas e concursos.

Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Obs.: A regra estabelece que a busca pessoal em mulher deve ser realizada por outra mulher. Entretanto, em situações excepcionais, quando não houver agente feminina disponível e a ausência imediata da busca puder acarretar risco à diligência ou aos presentes – como no caso de fundada suspeita de que a pessoa abordada porte arma de fogo –, a medida poderá ser executada por um agente do sexo masculino, mediante ponderação quanto à urgência e à segurança da situação.

A busca domiciliar consiste no ingresso em residência alheia com o objetivo de localizar e apreender elementos de interesse para a instrução processual penal. Essa modalidade de busca está sujeita à reserva de jurisdição, ou seja, somente pode ser determinada por ordem judicial. Excepcionalmente, admite-se sua realização sem mandado judicial, nas hipóteses previstas em lei, mas, como regra, exige-se autorização do juiz.

BUSCA DOMICILIAR

- Reserva de jurisdição

Finalidades:

- prender criminosos
- apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos
- apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos
- apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso
- descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu.
- apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.
- apreender pessoas vítimas de crimes
- colher qualquer elemento de convicção.

Art. 5º, XI – 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.

Dia – consentimento do morador, flagrante delito, desastre, prestar socorro, determinação judicial. E se for de noite?

Noite – consentimento do morador, flagrante delito, desastre, prestar socorro.

Obs.: Em determinadas situações, a entrada em domicílio durante a noite, ainda que com ordem judicial, pode ser considerada válida se houver consentimento do morador. Nesses casos, a validade da diligência não decorre apenas da ordem judicial, mas da combinação entre essa ordem e o consentimento do residente.

De forma geral, durante o dia, é possível o ingresso em domicílio alheio quando houver consentimento do morador, mandado judicial ou flagrante delito. Durante a noite, o ingresso somente é permitido em caso de consentimento do morador ou flagrante delito, não sendo suficiente, por si só, a existência de ordem judicial.

O consentimento do morador é elemento de destaque, pois permite o ingresso no domicílio tanto durante o dia quanto à noite, desde que seja válido.

A proteção constitucional ao domicílio abrange todo espaço considerado residência ou local de habitação, sendo vedada a busca domiciliar sem a observância dos requisitos legais previstos no ordenamento jurídico.

Casa – **art. 150, CP**

- Qualquer compartimento habitado
- Aposento ocupado de habitação coletiva
- Compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.
- Não se compreende na expressão casa:
 - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do inciso II do artigo anterior
 - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

CONCEITO DE DIA

- aurora – crepúsculo?
- 6 horas às 18 horas?

Obs.: Em habitações coletivas, o quarto ocupado por alguém possui proteção constitucional, enquanto as partes desocupadas ou de uso comum não gozam dessa proteção. Estabelecimentos como tavernas, casas de jogo e outros do mesmo gênero também não são considerados domicílios para fins de inviolabilidade constitucional.



20m

A proteção constitucional abrange o local em que a pessoa reside, a casa em que habita, o espaço em que vive, bem como o quarto de hospedagem em que esteja alojada. Por outro lado, locais abertos ao público, como lojas, escritórios ou consultórios, não possuem essa proteção nas áreas de acesso comum, destinadas ao atendimento de clientes.

Quanto à definição do período diurno e noturno, não há consenso na jurisprudência. Um primeiro entendimento considera como dia o período compreendido entre a aurora e o crepúsculo, isto é, desde o nascer até o pôr do sol. Embora esse critério seja amplamente aceito, deve-se ter cautela em sua aplicação prática, pois é necessário comprovar documentalmente que a diligência ocorreu durante o dia. A variação do horário de amanhecer e anoitecer ao longo do ano exige descrição precisa no cumprimento do mandado.

Outra corrente estabelece que o dia compreende o intervalo entre seis e dezoito horas, sendo considerado noite o período anterior às seis e posterior às dezoito horas. Esse critério, embora mais objetivo, também requer análise do contexto, já que em determinadas regiões o anoitecer pode ocorrer antes ou depois desses horários.

Lei de Abuso de Autoridade – **art. 22** – IMPORTANTE!!!

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).

Obs.: Parte da doutrina e alguns julgados passaram a defender a adoção de um critério objetivo para definir o conceito de dia, entendendo que, após as 21 horas, considera-se noite, e até as 5 horas da manhã ainda perdura o período noturno. A partir das 5 horas, seria possível o cumprimento de mandados de busca e apreensão.

[...] o art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019 não definiu os conceitos de “dia” e de “noite” para fins de cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar. O que ocorreu foi apenas a criminalização de uma conduta que representa violação tão significativa da proteção constitucional do domicílio a ponto de justificar a incidência excepcional do direito penal contra aqueles que a praticarem. É dizer, o fato de que o cumprimento de mandado de busca domiciliar entre 21h e 5h foi criminalizado não significa que a realização da diligência em qualquer outro horário seja plenamente lícita e válida para todos os fins. [...] Assim, mesmo que realizada a diligência depois das 5h e antes das 21h, continua sendo ilegal e sujeito à

sanção de nulidade cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar se for noite, embora não configure o crime de abuso de autoridade previsto no art. 22, III, da Lei n. 13.869/2019. (6ª Turma. 5/12/2023. AgRg no RECURSO EM *HABEAS CORPUS* N. 168.319 – SP)

Obs.: A análise refere-se à validade da prova. A verificação da ocorrência de crime pela entrada em domicílio é distinta da avaliação sobre a validade da prova obtida por esse meio.

Mesmo que a diligência ocorra entre 5h e 21h, permanece ilegal e sujeita à nulidade se realizada durante o período noturno, ainda que não configure crime de abuso de autoridade.

Por exemplo, em caso de busca e apreensão domiciliar executada às 20h30, ainda que amparada por ordem judicial e sem consentimento do morador, a prova obtida é inválida se já houver anoitecido. Nessa hipótese, não há crime de abuso de autoridade, mas a prova é considerada ilícita.

A jurisprudência reconhece que a Lei de Abuso de Autoridade não solucionou definitivamente essa controvérsia, razão pela qual o tema continua a exigir análise conforme o caso concreto.

Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Concursos, de acordo com a aula preparada e ministrada pela professora Francisca Danielle Vieira Rolim Mesquita.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.
