

# REPRESENTAÇÃO POLICIAL POR MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO: OFENSA AO MECANISMO LEGAL DE CONTROLE EXTERNO

DERMEVAL FARIAS GOMES FILHO<sup>1</sup>

OLAVO EVANGELISTA PEZZOTTI<sup>2</sup>

Em recente pesquisa realizada junto a membros dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, revelou-se ser prática não rara, por parte das autoridades policiais, a representação pela expedição de mandados de busca e apreensão sem prévia instauração de inquérito policial<sup>3</sup>.

Dentre os Promotores de Justiça consultados, apenas 25% entendem haver ilegalidade no referido procedimento. Outros 43,3% declararam que a representação pela expedição de mandado de busca e apreensão, sem prévia instauração de inquérito policial, representaria mera irregularidade, incapaz de gerar qualquer prejuízo à investigação ou às atribuições constitucionais do Ministério Público. Por fim, os 31,7% remanescentes não enxergam na aludida prática qualquer ilegalidade ou mesmo irregularidade<sup>4</sup>.

Em verdade, para que se possa compreender adequadamente a questão, deve-se memorar que, ao tomar conhecimento da existência de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial tem o dever legal de proceder à instauração de inquérito policial. Terá de fazê-lo, pouco importando eventual análise subjetiva de circunstâncias que poderiam indicar não ser conveniente a persecução penal, tais como a baixa gravidade da conduta, a ausência preliminar de indícios de autoria, entre outros fatores. Trata-se de consectário dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da persecução penal.

1 Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Presidente da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP. Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mestrando em Direito e Política Pública, Processo e Controle Penal pelo UniCEUB. Professor de Direito Penal da FESMPDFT.

2 Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Mestrando em Processo Penal pela USP.

3 Pelos autores do artigo, foram ouvidos 104 Promotores de Justiça, membros de 13 Ministérios Públicos (MPAM, MPCE, MPDFT, MPES, MPMGO, MPMT, MPMS, MPMG, MPPR, MPPE, MPSC, MPSE e MPSP). 65,4% dos entrevistados declararam que já se depararam com representação policial pela expedição de mandado de busca e apreensão, sem que houvesse prévia instauração de inquérito.

4 Evidentemente, não se nega a possibilidade de a autoridade policial realizar busca domiciliar e apreensão sem prévia instauração de inquérito, em hipóteses excepcionais, como no caso de flagrante delito. Não são essas situações as retratadas neste artigo e na pesquisa, mas aquelas que devem se submeter à reserva constitucional de jurisdição. Do contrário, não sealaria em representação policial pela expedição de mandado judicial. O que aqui se defende, como se verá, é que nos casos em que se deve observar a reserva de jurisdição imposta pelo constituinte, a ausência de prévia instauração de inquérito pode repercutir negativamente sobre o controle externo da atividade policial. Para adequada compreensão dos limites da violação domiciliar em caso de flagrante delito, recomenda-se a leitura de SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade de domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito, *in: Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Brasília, vol. 14, p. 544-562, jul-dez. 2013.

Adicionalmente, não pode o Delegado de Polícia proceder ao arquivamento, *ex officio*, de inquérito policial, apresentando-se como indispensável a promoção ministerial de arquivamento.

Tenha-se em mente que a vedação legal contida no art. 17 do Código de Processo Penal reveste-se de especial relevância diante do comando normativo expresso no art. 129, VII, da Constituição Federal. No âmbito do inquérito policial, que não pode ser arquivado sem antes se submeter à análise do órgão ministerial, o Ministério Público exerce efetivo e contínuo controle, com o fim de assegurar a legalidade e a eficiência da investigação policial.

Ademais, internamente, as corregedorias de Polícia exercem controle sobre os prazos de tramitação dos inquéritos policiais, assim como o fazem externamente o Ministério Público e até mesmo o Poder Judiciário.

Esses fatores – instauração obrigatória de inquérito policial em caso de *notitia criminis*, impossibilidade de arquivamento de inquérito *ex officio* e rígido controle de prazos – quando conjugados, garantem que não haja qualquer investigação policial sem controle externo integral pelo Ministério Público, o que está em consonância com o texto constitucional.

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se que a formalização da investigação por meio de inquérito não é mera exigência burocrática do legislador, materializando-se como ferramenta de controle externo da atividade policial.

Exatamente por isso, nos casos em que a Polícia Judiciária pratica atos de investigação sem prévia instauração de inquérito, o controle que deve ser exercido pelo Ministério Público é exposto a perigo.

Não se pode perder de vista, ainda, que não há qualquer justificativa para a não instauração de inquérito policial nos casos em que estão preenchidos os requisitos legais para a expedição de mandado de busca e apreensão. Como já dito, a simples *notitia* de crime de ação penal pública incondicionada impõe à autoridade policial o dever de formalizar adequadamente a investigação. De maneira mais rígida, o Código de Processo Penal exige *fundadas razões* para a expedição de mandado judicial de busca e apreensão<sup>5</sup>, não se contentando com mera *notitia* de infração penal<sup>6</sup>.

---

5 Que tenha como objetivo: a) prender criminosos; 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; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção (art. 240, §1º, CPP).

6 Ainda que o exato alcance da exigência legal não seja claro, há certo *standard* probatório, ainda que diminuto, imposto pelo legislador para a realização de busca domiciliar. Diversamente, para a instauração de inquérito, como exposto, não há qualquer padrão probatório exigível, cabendo à autoridade policial fazê-lo tão logo saiba da existência do crime.

Na prática, nos casos em que são expedidos mandados de busca e apreensão em autos autônomos, que não possuem vínculo com qualquer inquérito policial, se não houver situação de flagrância, também não haverá posterior promoção de arquivamento por parte do Ministério Público. Primeiramente, porque não se exige promoção de arquivamento em autos de diligências que deveriam ser vinculadas a um inquérito. Por fim, se o órgão ministerial reconheceu que existiam elementos para requerer a diligência, guardará expectativa na continuidade das investigações, restituindo, para tanto, os autos à origem. É nesse ponto que o controle externo da atividade policial se torna mais vulnerável. A Polícia Civil<sup>7</sup> passará a dispor de procedimento investigatório que não se submete aos controles típicos do inquérito policial e, o mais grave, sem um objeto especificamente delineado.

Isso porque a portaria inaugural de inquérito é o documento que delimita o objeto da investigação de maneira formal. Dispor de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, no bojo de procedimento, sem controle e sem objeto de investigação delimitado, pode conferir à autoridade policial margem para a prática de atos arbitrários.

Em inspeções *in loco* nas unidades policiais, em cumprimento à Resolução nº 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, os Promotores de Justiça tendem a fiscalizar a condução dos inquéritos policiais e a analisar os boletins de ocorrência que, registrados, não deram ensejo à instauração de inquérito. Presume-se que autos relativos a mandados de busca ou outras diligências tenham sido apensados aos inquéritos policiais a que dizem respeito.

Certo é que, com relativa frequência, encontram-se nas fiscalizações em delegacias verdadeiros procedimentos investigatórios que se desenvolvem com simples boletins de ocorrência, por meio de sucessivas ordens de serviço expedidas sem instauração de inquérito. Tal prática é evidentemente nefasta ao controle externo da atividade policial, mas se desenvolve sem o aval do Ministério Público e do Poder Judiciário.

A situação é mais grave se o órgão do Ministério Público, manejando equivocadamente as ferramentas de controle externo, admite que haja investigação policial sem inquérito, com chancela judicial.

Por isso, defendemos que, ao receber representação pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar sem prévia instauração de inquérito, o órgão ministerial deve requisitar à Polícia Civil a formalização da investigação, para apenas depois se manifestar sobre o mérito. Nos casos urgentes, poderá o Promotor de Justiça requerer ao juiz a expedição do mandado, desde que se requisite à autoridade policial imediata instauração de inquérito policial a ser distribuído por prevenção. Finalmente, nas inspeções *in loco*, o membro do *Parquet* deve analisar se há prática de atos investigatórios desvinculados de inquérito policial, expedindo recomendações para sanar eventuais problemas sistêmicos identificados, nos termos do art. 4º, IX, da Resolução CNMP nº 20/2007.

---

7 O objeto de pesquisa, na proposta do artigo, limitou-se às representações de busca e apreensão feitas pela Polícia Civil.