



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

HENRIQUE HOFFMANN MONTEIRO DE CASTRO

CONTORNOS DA BUSCA E APREENSÃO
NA PERSECUÇÃO CRIMINAL GARANTISTA

JACAREZINHO – 2018

HENRIQUE HOFFMANN MONTEIRO DE CASTRO

**CONTORNOS DA BUSCA E APREENSÃO
NA PERSECUÇÃO CRIMINAL GARANTISTA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão – Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho, sob orientação do Prof. Dr. Valter Foletto Santin.

JACAREZINHO – 2018

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

**Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP**

Hoffmann Monteiro de Castro, Henrique
Contornos da busca e apreensão na persecução
Criminal garantista / Henrique Hoffmann Monteiro de
Castro: orientador Valter Foletto Santin -
Jacarezinho, 2018.
86 p.

Direito - Universidade Estadual do Norte do
Paraná. Centro de Ciências Sociais aplicadas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. 2018.

1. Direito Processual Penal. 2. Investigação
Criminal. 3. Busca e Apreensão. 4. Polícia
Judiciária. I. Foletto Santin, Valter. orient. II.
Título.

HENRIQUE HOFFMANN MONTEIRO DE CASTRO

**CONTORNOS DA BUSCA E APREENSÃO
NA PERSECUÇÃO CRIMINAL GARANTISTA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção de título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

Jacarezinho, ____ de _____ de _____.

Presidente: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

2º Membro: Prof. Dr.

3º Membro: Prof. Dr.

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Valter Foletto Santin, que me orientou neste trabalho e atuou como meu guia perante a Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Aos professores, profissionais e alunos da UENP.

À minha família.

Aos meus colegas de docência.

Aos meus alunos.

RESUMO

O presente trabalho apresenta o resultado do estudo acerca do estado da arte da busca e apreensão no ordenamento jurídico brasileiro, refletindo sobre suas principais nuances na persecução penal garantista. A pesquisa exploratória se baseou em estudo bibliográfico do acervo doutrinário desenvolvido sobre o tema até o presente momento, sem deixar de levar em conta a percepção jurisprudencial que vem sendo dada à matéria. Dada a verificação do necessário controle e limitação do poder punitivo e de suas agências, fornece argumentos, na ordem da função política do direito, para limitar a intervenção repressiva estatal, em determinados momentos, e, noutros, exigir uma postura estatal ativa, como busca de efetivação de Justiça. Revela uma fundamentação existencial do Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, sempre respeitada a orientação principiológica deste modelo de Estado. Permite a conclusão de ser a Justiça um desafio, articulado a partir de um conceito em constante processo de desconstrução e reconstrução, principalmente no relacionado à intervenção processual penal do Estado de orgânica moldura democrática e social a caminhar para um Direito justo e uma sociedade com conflitos em escalada decrescente.

PALAVRAS-CHAVE: busca e apreensão; garantismo processual penal; persecução criminal; Estado Democrático de Direito; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present study presents the results of the study about the state of the art of search and seizure in the Brazilian legal system, reflecting on its main nuances in the criminal prosecution. The exploratory research was based on a bibliographical study of the doctrinal collection developed on the subject up to the present moment, while taking into account the jurisprudential perception that has been given to the subject. Given the verification of the necessary control and limitation of the punitive power and its agencies, it provides arguments, in the order of the political function of the law, to limit state repressive intervention at certain moments, and in others, to demand an active state stance, of effectiveness of Justice. It reveals an existential foundation of criminal procedural law in the Democratic State of Law as an instrument for effecting fundamental rights, always respecting the principiological orientation of this model of State. It allows the conclusion of Justice to be a challenge, articulated from a concept in constant process of deconstruction and reconstruction, especially not related to the criminal procedural intervention of the State of organic democratic and social framework to move towards a Fair Law and a society with conflicts in descending escalation.

KEY-WORDS: search and seizure; criminal procedure guaranty; criminal prosecution; Democratic State of Law; fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 BUSCA E APREENSÃO E GARANTISMO.....	13
2 BUSCA PESSOAL.....	21
3 BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR.....	24
3.1 PREMISSAS TEÓRICAS	24
3.2 BUSCA E APREENSÃO COM CONSENTIMENTO DO MORADOR.....	28
3.3 BUSCA E APREENSÃO DECORRENTE DE FLAGRANTE DELITO	31
3.4 BUSCA E APREENSÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL	36
4 BUSCA E APREENSÃO SOB O INFLUXO DO GARANTISMO CRIMINAL	37
4.1 PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E FINALIDADES.....	37
4.2 DECRETAÇÃO, SOLICITAÇÃO E EXECUÇÃO.....	39
4.3 SIGILO, CONTRADITÓRIO E ATUAÇÃO DA DEFESA.....	44
4.4 MOMENTO, PRAZO E INDIVIDUALIZAÇÃO	46
4.5 MODO DE CUMPRIMENTO E ADESIVIDADE.....	49
4.6 ILICITUDE DIRETA E POR DERIVAÇÃO	55
4.7 CUMPRIMENTO EM LOCALIDADES ESPECIAIS	59
4.8 BUSCA EXPLORATÓRIA E BUSCA REMOTA.....	64
4.9 BUSCA E ANÁLISE DE OBJETOS E DADOS	66
4.10 CARTA, AGENDA E LIXO	73
4.11 VALORES EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	75
4.12 PRISÃO E CONDUÇÃO COERCITIVA	76
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

A busca e apreensão, a par de sua inegável importância teórica e prática, como importante mecanismo disponível ao Estado-Investigação, não raras vezes é tratada sem o devido aprofundamento. Para iniciar o estudo do assunto, é preciso inseri-lo no contexto da devida investigação criminal.

Dúvidas não existem que a Constituição Federal, seguida pela legislação ordinária, adotou um sistema processual penal acusatório que outorga a atores distintos as funções de investigar, acusar, defender e julgar. Nessa vereda, assume especial relevo num Estado Democrático de Direito a investigação criminal, levada a efeito pela Polícia Judiciária (art. 144 da CF), por meio de suas funções de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado (art. 2º, *caput* da Lei 12.830/13), e pelo Ministério Público¹, conforme explicado por Valter Santin.²

A apuração criminal deve ser dissociada de qualquer compromisso com a acusação ou a defesa: mais do que fornecer subsídios à eventual ação penal (função preparatória), tem a importante missão de garantir direitos fundamentais e evitar acusações levianas (função preservadora).³

Em outras palavras, a investigação policial não existisse unicamente para o resguardo dos direitos da sociedade ou exclusivamente para a proteção dos direitos do suspeito. Em verdade, a missão constitucional de apuração das infrações penais reclama o equilíbrio entre a atividade repressora do Estado-Investigação e os direitos fundamentais do investigado.

Destarte, afastando-se a instrução preliminar como via de mão única e sua condução com uma visão monocular, impede-se que a acusação seja hipertrofiada na mesma medida do desprestígio da defesa. Essa conclusão pode ser extraída da própria exposição de motivos do CPP, que afirma que o inquérito policial é uma garantia contra apressados e errôneos juízos, bem como do texto do CPP, que admite a realização de busca e apreensão domiciliar a fim de descobrir objeto de interesse da defesa (art. 240, §1º, e do CPP).

A investigação criminal sobressai-se como atividade eminentemente repressiva, por ser uma atividade posterior à prática do delito. Ao perscrutar a reconstrução histórica dos

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

² SANTIN, Valter Foletto. O Ministério Público na investigação criminal. Bauru: EDIPRO, 2001.

³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. v. 1. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 265; ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11.

fatos com o fim de se delinear a responsabilidade criminal, envolve um caminhar invasivo na esfera de direitos fundamentais do investigado. O desenho constitucional adotado, da reserva relativa (e não absoluta)⁴ de jurisdição, significa que nem todos os atos de Polícia Judiciária precisam da chancela prévia do Judiciário, sistemática que, sem afastar o controle judicial, reforça a importância da tomada de decisões pelo delegado de polícia.

Essa investigação preliminar deve ser feita com forte respeito aos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal, em respeito à máxima da proporcionalidade em sua dúplici vertente (proibição de excesso e vedação de proteção deficiente).⁵ Serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime, protegendo o indivíduo contra uma repressão desmesurada do Estado e amparando igualmente a sociedade contra os ilícitos penais.⁶

A investigação criminal, como ritual de exercício de poder, deve ser condicionada e legitimada pela estrita observância dos princípios e regras constitucionais e suas decorrências legais. A persecução penal permite ao Estado exercitar seu *jus puniendi* de modo civilizado, evitando ao mesmo tempo o excesso punitivo contra o investigado e a proteção insuficiente da sociedade. Daí porque pode ser chamada de devida investigação criminal. Busca o necessário equilíbrio entre garantismo e efetividade na primeira fase da *persecutio criminis*.

Se a plataforma da investigação criminal é a Constituição, não se pode conceber seu exame desvinculado do constitucionalismo. Trata-se de antecedente epistemológico do inquérito policial. O estudo da investigação criminal com olhos fechados para as normas constitucionais representa um caminhar sob terreno movediço.

A legislação infraconstitucional que rege a investigação preliminar deve necessariamente se adequar à Constituição, e não o contrário. Exemplos de leis recentes que pretendem estruturar o inquérito policial como instituição de garantia, e não como instrumento exclusivo de poder, são as Leis 12.830/13 (que exige análises técnico-jurídicas fundamentadas na investigação policial) e 13.245/16 (que reforça a atuação defensiva no inquérito policial).

Com emprego de técnicas simples ou mais sofisticadas, o fato é que os criminosos dificilmente fornecem voluntariamente os objetos de interesse à investigação da Polícia

⁴ RANGEL, Paulo Castro. Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 63.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e de insuficiência. RBCCrim 47/92-93, ano 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2004.

⁶ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1993, p. 76.

Judiciária. Assim, a Polícia Investigativa deve empregar todos os recursos para evitar a ocultação ou destruição de tais elementos, pois a apreensão de objetos garante o sucesso de muitas apurações criminais.

Logo, podem ser vislumbrados diversos meios de obtenção de prova à disposição da autoridade de Polícia Judiciária, a maioria passível de utilização por autoridade própria (como a busca pessoal), e outros albergados pela cláusula de reserva de jurisdição – a exigir prévia ordem judicial (a exemplo da busca e apreensão domiciliar).

Nesse contexto, a busca e apreensão inequivocamente se qualifica como uma das principais medidas investigativas de que pode se valer o delegado de polícia no desempenho de seu mister, materializando as atividades de colheita de elementos informativos e probatórios na busca da verdade.

É indubitável que o inquérito policial repercute nos bens jurídicos mais caros ao cidadão, quais sejam, liberdade, patrimônio e intimidade, retirando o *eu* e suas *circunstâncias*.⁷ Nesse panorama, a busca e apreensão sobressai-se como uma das principais medidas constritivas do patrimônio, mitigando ainda a intimidade do indivíduo.

A maior parte do trabalho investigativo do Estado-Investigação ocorre longe dos olhos da população, até mesmo pela característica da sigilosidade do inquérito policial, que preserva o fundamental fator surpresa a garantir um mínimo de efetividade à investigação. Nesse panorama, a busca e apreensão, juntamente com a prisão, é uma das faces mais visíveis da *persecutio criminis*, e por isso mesmo o cuidado na sua execução deve ser redobrado, não abrindo mão da discricção e proporcionalidade.

Com efeito, a revista de pessoas, coisas e locais qualifica-se como um formidável mecanismo de descoberta da verdade pela Polícia Judiciária, instrumento essencial à eficácia da devida investigação criminal.

Pois bem. Esta pesquisa qualifica-se por ser exploratória, com estudo bibliográfico, baseando-se na análise do acervo doutrinário de realce já desenvolvido sobre o tema até o presente momento. A posição dos Tribunais Superiores acerca dos polêmicos temas também foi verificada, a fim de se constatar a percepção jurisprudencial que vem sendo dada à matéria.

Empregou-se o raciocínio dedutivo enquanto inteligência lógica apta a construir o retrato da fase investigativa da persecução penal, calcada no valor axiológico da dignidade da pessoa humana, que justifica e legitima o Estado Democrático de Direito.

⁷ Expressão de Ortega y Gasset citada por LOPES JÚNIOR, Aury, Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

Nesse contexto, por meio da análise dos paradigmas epistemológicos que circundam a investigação criminal, levando-se em consideração o pluralismo dogmático que envolve a matéria, tentou-se chegar a conclusões e soluções para os objetivos propostos.

A proposta é de uma discussão dialética que permita sopesar a pura teoria processual penal com a inexorável realidade social, permeada de liames imprecisos, com o apontamento de alternativas que assegurem uma investigação criminal ao mesmo tempo garantista e eficaz.

Dada a variedade dos métodos epistemológicos utilizáveis para a compreensão significativa dos dados reais, não se pretende atingir uma verdade única e absoluta ou construir verdades dogmáticas. Tenciona-se, ao revés, produzir forma de conhecimento que contribua para dar sentido a esse aspecto da realidade.

Apresentadas essas linhas introdutórias e metodológicas, cabe ressaltar que o presente trabalho é confeccionado em 4 capítulos que buscam desvelar os contornos da busca e apreensão na persecução penal garantista. A partir de uma análise baseada nos métodos dedutivos e indutivos,

O primeiro capítulo apresenta aspectos teóricos sobre a incidência do garantismo na busca e apreensão, evidenciando que a dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo axiológico em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, deve ser a linha mestra da atividade persecutória estatal.

Em seguida, o capítulo segundo se destina a abordar a esquecida e negligenciada busca pessoal, demonstrando que por se tratar de modalidade de busca e apreensão, capaz de mitigar direitos fundamentais, merece abordagem teórico-científica.

No terceiro capítulo a busca e apreensão domiciliar é estudada em suas diversas espécies, seja com consentimento do morador, decorrente de flagrante delito ou mesmo por determinação judicial.

Finalmente, o quarto e último capítulo abrange a análise da busca e apreensão domiciliar sob o influxo do garantismo criminal, apresentando discussões como seus pressupostos e finalidades, sigilo e contraditório, prazo e individualização. Além de uma visão moderna e atual que procura entender sua adesividade e a extensão de eventual ilicitude de provas, a análise de dados e lixo, a busca e apreensão no contexto da prisão e da condução coercitiva, além de construir conceitos sobre busca exploratória e remota.

1 BUSCA E APREENSÃO E GARANTISMO

A doutrina do garantismo penal tem em Luigi Ferrajoli⁸ a figura do seu principal entusiasta. Faz parte da criminologia minimalista (também denominada minimalismo penal ou Direito Penal mínimo).

O italiano criou um modelo, um ideal jamais atingível de forma plena, que não descreve o que ocorre, mas prescreve o que deva ocorrer. Visa à mínima intervenção penal com as máximas garantias. Por isso, o garantismo penal não deixa de ser uma vertente do chamado Direito Penal mínimo.

Segundo o doutrinador, essa proposta busca o máximo grau de racionalidade e de limitação do poder punitivo do Estado, tutelando a pessoa humana contra arbitrariedades.

Fundado em princípios deônticos de índole penal e processual penal, são esses os conhecidos dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais:

- a) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- b) *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal;
- c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal;
- d) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado;
- e) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- f) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- g) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade;
- h) *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- i) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação;
- j) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Enquanto os seis primeiros postulados referem-se ao Direito Penal, os quatro últimos se relacionam com o Direito Processual penal. Independentemente disso, para que se fale em uma persecução criminal garantista, não é preciso que exatamente todos os princípios se encaixem nesse meio de obtenção de prova (busca e apreensão).

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 378.

Quando se fala em persecução criminal garantista, a ideia é que se trata de uma sequência de atos estatais para apuração e responsabilização criminal que não abra mão de garantias mínimas do cidadão em face ao arbítrio do Estado.

Tanto assim que se pode falar em dimensões de garantias com a finalidade de resguardar os direitos do agente:

- a) garantias primárias: limites normativos impostos pela lei, que tutelam o direito e vedam o excesso do exercício do poder (exemplo: conjunto de regras atinentes ao princípio da anterioridade, ou ao princípio do *ne bis in idem*);
- b) garantias secundárias: formas de reparação no caso de violação das garantias primárias (exemplo: possibilidade de anulação de atos inválidos).

Cumprido ressaltar também que o garantismo penal se desdobrou em duas vertentes. A primeira diz respeito ao (a) garantismo negativo, que é caracterizado pela proibição de todo e qualquer excesso por parte do Estado, e prima pelos direitos do criminoso. Já a segunda vertente, diametralmente oposta à primeira, defende o (b) garantismo positivo, na medida em que veda a proteção deficiente do Estado e da coletividade.⁹

Considerando essas premissas, parece bem clara a incidência do garantismo não só na persecução penal como um todo, mas especificamente na busca e apreensão.

Não se olvida que a dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo axiológico em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, deve ser a linha mestra da atividade persecutória estatal.

A pessoa humana está umbilicalmente ligada à ideia de dignidade. A essência do indivíduo revela um caráter essencial que o distingue de outros seres vivos.

O ser humano como pessoa se encontra em constante e consciente relacionamento consigo mesmo, com o outro e com o seu meio ambiente. Através desta relação com seu mundo, ele é capaz de assumir compromissos e responsabilidades, de buscar objetivos e interesses como também de construir seu destino na consciência de seu passado e de seu futuro.¹⁰

A vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitui-se em premissa essencial do ordenamento jurídico como um todo, em especial o Direito Processual Penal.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, n. 97, março/2005, p.180; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002.

¹⁰ DANIEL, Roberto Francisco. O ser pessoa: a base ontológica do direito. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David. Efetivando direitos constitucionais. Bauru: Edite, p. 554, 2003.

A atividade persecutória estatal não pode ser realizada senão mediante estrito respeito à franquia de liberdades humanas, de maneira que nunca pode o imputado ser enxergado como uma coisa ou objeto de onde se extrairá a prova. Ao contrário, sendo a pessoa um fim em si mesmo, merece o respeito a um núcleo inviolável de garantias, dentre as quais propriedade e intimidade e o recato do lar.

Nessa esteira, a busca e apreensão consiste em medida cautelar probatória, isto é, meio de obtenção de prova, diligência para angariar elementos de convicção e evitar o seu perecimento, de modo a provar a materialidade do delito e sua respectiva autoria. Sem essa medida, por vezes se torna impossível obter o lastro probatório necessário à demonstração da ocorrência delito e sua vinculação ao agente, inviabilizando a responsabilização do autor.

Cuida-se de meio investigativo que tem por finalidade blindar a persecução penal dos efeitos deletérios do tempo, ou ao menos minorar suas sequelas. Nada obstante esteja localizada topograficamente no Código de Processo Penal de forma equivocada, em capítulo atinente aos meios de prova.

Assim como as medidas cautelares em geral, depende da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* (plausibilidade da medida, analisada com base na probabilidade e verossimilhança dos elementos disponíveis) e *periculum in mora* (risco de perecimento pela deterioração natural, desaparecimento ou destruição). Isso quer dizer que a procura e apossamento de bens não deve ser feita de maneira indiscriminada, estando condicionada à presença desses pressupostos.

Também como as demais medidas cautelares, a busca e apreensão é marcada pela instrumentalidade qualificada (não é um fim em si mesmo, mas uma ferramenta para assegurar a eficácia da persecução penal) e preventividade (destina-se a evitar a ocorrência de danos de difícil reparação).

Em que pese ser utilizada para designar a diligência como um todo, a expressão *busca e apreensão* não representa medida única. A busca significa a procura de objetos de interesse da investigação criminal em pessoas, coisas ou locais; pode ser diferenciada quando realizada em pessoas e coisas (revista) ou em locais (varejamento).¹¹ Já a apreensão corresponde à detenção jurídica da coisa pelo Estado, rompendo seu vínculo com o antigo possuidor ou proprietário. Como visto, a busca se difere da apreensão como o meio se distingue do fim.

¹¹ PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 96.

Logo, é perfeitamente possível que a busca não seja sucedida de apreensão, quando restar frustrada a diligência de localização. Assim, tecnicamente haverá busca e apreensão se a pesquisa for exitosa, ocasião em que será sucedida da constrição do bem. Também pode haver busca sem apreensão física

De igual maneira, a apreensão não depende de prévia busca. Apesar da regra geral ser a constrição antecedida de varredura, nem sempre ela é necessária para se apreender o objeto de interesse da investigação. Pode acontecer de a coisa ser entregue voluntariamente na Delegacia de Polícia, ou o policial se deparar fortuitamente com o bem em local público.

A busca e apreensão, muito embora ocorra na maior parte das vezes na fase investigativa, pode se dar também na etapa processual. Como meio de obtenção de prova que é, consiste em atividade extraprocessual (e não endoprocessual, como os meios de prova). Durante a investigação preliminar, o legitimado para decretar a medida cautelar é a autoridade de Polícia Judiciária, enquanto no curso do processo o juiz é quem deve formalizar a apreensão.

Esse acervo probatório que se pretende reunir com a diligência, evitando que objetos desapareçam, tem a importante função de amparar o juízo de probabilidade do delegado de polícia para sua decisão de indiciamento e do promotor de justiça para sua opção pela oferta da denúncia, ou o juízo de certeza do magistrado para sustentar um decreto condenatório.

Percebe-se, pois, que a diligência de busca e apreensão (meio de obtenção de prova) não se confunde com a fonte de prova em si (ex: arma de fogo) ou tampouco com o meio de prova decorrente (ex: laudo pericial de eficiência e prestabilidade).

A técnica investigativa tem o desiderato de localizar a fonte de prova (pessoas ou coisas das quais se obtém a prova). Destarte, a fonte de prova decorre do fato criminoso em si, independentemente da existência da persecução penal, ou seja, é anterior ao inquérito policial e ao processo. Quando identificada, sua introdução nos autos ocorre por intermédio dos meios de prova.

É preciso cuidado para não confundir busca e apreensão (medida cautelar probatória) com sequestro de bens móveis (medida cautelar patrimonial). Para tanto, é necessário conceituar instrumento, produto e proveito do crime.

Instrumento do crime é o utensílio empregado para a prática do delito (ex: arma de fogo no homicídio, veículo na embriaguez ao volante). Produto do crime consiste na vantagem diretamente obtida com o cometimento da infração penal (ex: televisão subtraída,

dinheiro desviado). Proveito do crime traduz a vantagem indireta conseguida com a prática delituosa (ex: dinheiro resultante da venda de carro subtraído).

Pois então. A busca e apreensão se presta a localizar e apreender instrumentos e produtos do crime (art. 240, §1º, d e b), enquanto o sequestro visa a obter o proveito do crime (arts. 132 e 125 do CPP) ou bem ou valor equivalente (art. 91, §2º do CP):

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

(...)

b) apreender coisas achadas ou *obtidas por meios criminosos*;

(...)

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

Art. 132. Proceder-se-á ao sequestro dos bens móveis se, *verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro*.

Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, *adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração*, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Art. 91 - São efeitos da condenação:

(...)

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger *bens ou valores equivalentes* do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Nesse diapasão, caso o objeto não consista em instrumento ou tampouco produto da infração penal, mas sim em proveito do crime, não há que se falar em busca e apreensão, mas sim em sequestro. Nesse caso, em vez da medida cautelar probatória, a autoridade de Polícia Judiciária deve representar pela medida cautelar patrimonial.

Em resumo, se a intenção do delegado de polícia for apreender objeto para provar a materialidade e autoria delitiva, utiliza a busca e apreensão. Já se a intenção for possibilitar a reparação da vítima, confisco do Estado e asfixia financeira do criminoso, emprega o sequestro. Ambas as medidas tornam possíveis a reparação do dano sofrido pela vítima e o confisco em prol da União (efeitos secundários de eventual condenação – art. 91, II, b do CP).

Conforme a diligência seja efetuada junto à pessoa ou à casa, a busca e apreensão se classifica em busca pessoal ou busca e apreensão domiciliar. Em que pese os pressupostos serem semelhantes, os requisitos, o momento e a previsão normativa são distintos.

Muito embora as expressões *fundada suspeita* e *fundadas razões* pareçam sinônimas, a doutrina costuma diferenciar os termos entendendo a primeira como

desconfiança ou suposição mais intuitiva e frágil, enquanto a última reclama maior concretude.

Se a busca consiste na procura de objetos de interesse da investigação criminal em pessoas, coisas ou locais, e a apreensão a ulterior constrição da coisa afetivamente achada, os objetivos da busca confundem-se com os requisitos da apreensão, por estarem umbilicalmente ligados.

Os objetivos manifestam-se no binômio utilidade e pertinência, e estão expressos na Lei Processual Penal. A utilidade é demonstrada pela vedação à restituição das coisas apreendidas, o que representa, *a contrario sensu*, a exigência de manutenção da apreensão (art. 118 do CPP). A pertinência se evidencia pela ligação do objeto com o fato (art. 6º, II do CPP):

Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas *não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.*

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;

Destarte, deverá permanecer apreendido, vedando-se a restituição, o bem que interessar ao processo (utilidade) e tiver relação com o fato (pertinência).

Quanto à utilidade, conquanto a lei tenha utilizado o termo *processo*, o interesse não se limita à fase processual, não podendo a coisa apreendida ser restituída se interessar ao inquérito policial. Utilizando-se uma interpretação teleológica, conclui-se que a palavra *processo* foi utilizada em sentido genérico, devendo ser entendida como o gênero *persecução penal*, do qual são espécies a *investigação* e o *processo*.

Existe uma presunção legal de utilidade à persecução penal, relativa aos instrumentos, produto e proveito do crime (art. 119 do CPP), pois não podem ser restituídos durante o curso da investigação e do processo. Nada mais adequado, pois são os objetos que servem para provar a materialidade delitiva e delimitar a autoria, permitindo também a satisfação dos efeitos da condenação. Vale destacar que, como já explicado no tópico anterior, para a apreensão do proveito do delito, deve ser utilizado o sequestro (medida cautelar patrimonial), ficando a busca e apreensão reservada para a obtenção do instrumento e produto do crime (medida cautelar probatória).

No que tange à pertinência, a redação legal estabelece que, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais. Por óbvio, quando não houver cena de crime ou os peritos não comparecerem, o delegado de polícia determina a apreensão do objeto e em seguida requisita a perícia sobre o objeto.

Pertinência consiste na relação do objeto com o fato. Para ser apreendido, o bem, além de ser útil à persecução penal, deve possuir vinculação com o caso. Nada mais adequado, afinal, não faria sentido, por exemplo, a constrição de instrumento de um crime diverso daquele investigado.

Com efeito, todo objeto útil à persecução penal é também pertinente, mas nem todo bem pertinente tem utilidade para a investigação ou o processo. A pertinência está contida pela utilidade.

Os objetos úteis e pertinentes podem servir para:

- a) comprovar a materialidade delitiva e delimitar a autoria (art. 2º, §6º da Lei 12.830/13). Enquanto nos delitos transeuntes a apreensão decorrerá da discricionariedade do delegado de polícia, no caso crimes que deixam vestígios é indispensável o exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), devendo a prova testemunhal ser utilizada apenas subsidiariamente (art. 167 do CPP);
- b) permitir a satisfação dos efeitos da condenação - confisco pelo Estado, reparação da vítima e asfixia financeira do criminoso (art. 91 do CP);
- c) facultar a contraprova em relação à perícia realizada (arts. 159, §6º, art. 170 e 530-F do CPP, e arts. 50 e 50-A da Lei 11.343/06);
- d) restituir o bem ao proprietário ou possuidor, satisfazendo o interesse legítimo da vítima (art. 119, *in fine* do CPP);
- e) reconstituir o fato delituoso (art. 7º do CPP);
- f) exhibir o instrumento do crime no plenário do Tribunal do Júri (art. 480, §3º do CPP).

Sem dúvidas a principal finalidade é obter prova da materialidade a autoria delitiva. Disso depende a eficácia da persecução penal.

Convém grifar que a apreensão não se limita aos bens do investigado, podendo perfeitamente recair sobre objetos de testemunhas e da vítima. Como visto, o critério autorizador da constrição da coisa consiste no binômio utilidade e pertinência, independentemente da titularidade do bem.

De outro norte, voltando os olhos especificamente ao ato de apreensão, que pode ou não ser antecedido de busca, cumpre sublinhar que apreensão traduz a detenção jurídica do

objeto de interesse da investigação pelo Estado, quebrando seu vínculo com o antigo possuidor ou proprietário. É o apossamento da coisa, retirando-a da esfera de quem a detém.¹²

Como visto, busca e apreensão não se confundem, apesar de estarem umbilicalmente ligadas. Com efeito, a apreensão insere-se no rol exemplificativo de diligências investigatórias que podem ser realizadas por determinação do delegado de polícia ao tomar conhecimento de infração penal (art. 6º do CPP).

O documento que materializa a apreensão é o auto de apreensão ou termo de exibição e apreensão, conforme o objeto seja encontrado em ambiente externo ou apresentado ao delegado de polícia na Delegacia.

Caso a apreensão decorra de cumprimento de mandado de busca e apreensão, nada impede que sua formalização se dê no bojo do auto circunstanciado de busca e apreensão (art. 245, §§6º e 7º do CPP).

Todos os aspectos técnicos que envolvem a busca e apreensão só podem ser utilizados considerando o indivíduo, seja o morador ou o transeunte a ser revistado, como um sujeito de direitos, protegido por esse núcleo axiológico chamado dignidade da pessoa humana. Esse é o verniz garantista de que a persecução criminal não pode abrir mão, sob pena de se reprimatizar a persecução estatal inquisitória, motivadora de uma série de abusos num passado não tão distante.

¹² TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 470.

2 BUSCA PESSOAL

A busca e apreensão, nada obstante ser mais conhecida por sua modalidade domiciliar, apresenta-se também sob a forma de revista pessoal.

A busca pessoal consubstancia-se na inspeção do corpo do indivíduo e sua esfera de custódia (vestimenta, pertence ou veículo não utilizado como habitação), com a finalidade de evitar a prática de infrações penais ou encontrar objeto de interesse à investigação. Regra geral é antecedida por uma abordagem anunciada por comando verbal.

Considera-se o corpo não como objeto de inspeção por si mesmo, mas como provável esconderijo de objetos,¹³ e por isso não a busca pessoal não se confunde com a intervenção no corpo. Intervenção corporal traduz a obtenção de provas contra o suspeito por meio da utilização de algum elemento de seu corpo,¹⁴ seja por meio de penetração no organismo humano ou não.¹⁵ Conseguir provas que estão junto ao corpo é diferente de obter elementos no corpo.

A consagração constitucional da integridade física e intimidade (art. 5º, caput, X e XLIX da CF) servem de bolha protetiva em torno do corpo humano, preservando-o contra a indevida ingerência estatal. Ademais, a própria inexigibilidade de autoincriminação (art. 5º, LXIII da CF) autoriza uma espécie de *silêncio corporal*. A tangibilidade corporal é admitida apenas excepcionalmente, respeitada a proporcionalidade na colheita de vestígios para a persecução penal.

A averiguação pode ser imediata (manual) ou mediata (uso de instrumentos como *scanner* corporal, cão farejador ou espelho).

A busca pode ser feita não apenas com as próprias mãos, mas também com ajuda de aparelhos eletrônicos e cães. O procedimento se chama *busca pessoal* em razão do revistado ser uma pessoa, e não por haver necessidade do buscador realiza-la com as próprias mãos.

A busca em veículo é considerada pessoal quando empregado para sua função precípua de meio de transporte. Independe de mandado judicial, podendo ser feita inclusive em automóvel parado, trancado e sem condutor¹⁶ (não prevalece a tese de que o veículo é uma extensão do indivíduo e a revista só poderia ser feita com a presença do motorista). Por isso,

¹³ FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. v. 1. Editorial Temis: Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 309.

¹⁴ HERNÁNDEZ, Ángel Gil. Intervenciones corporales y derechos fundamentales. Madrid: Colex, 1995, p. 37

¹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 221.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

mesmo que a busca e apreensão numa casa tenha sido finalizada, pode a Polícia Judiciária retornar ao local e averiguar o interior do carro parado em frente à residência, na via pública, se a fundada suspeita for confirmada depois por fontes fidedignas.¹⁷ Nesse caso, não se trata de admitir solução de continuidade na busca e apreensão domiciliar e reabri-la utilizando o mandado 2 vezes, mas simplesmente de executar busca pessoal logo após uma busca e apreensão domiciliar. Isso porque a busca pessoal é cabível não apenas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, mas igualmente na hipótese de fundada suspeita, bem como de prisão (art. 240 do CPP).

Excepcionalmente, quando o veículo consistir na própria habitação do indivíduo (ex: *trailer*)¹⁸, a busca será domiciliar, seguindo seus condicionantes. Quanto à cabine de caminhão utilizada pelo caminhoneiro para dormir, a doutrina a encaixa no conceito de casa. O Superior Tribunal de Justiça não firmou posição quanto à busca e apreensão, mas em relação à configuração de crime de posse ou porte de arma de fogo entende que a boleia de caminhão não se equipara à casa.¹⁹ Obviamente, se o veículo não estiver em local público, mas estacionado no interior de domicílio, sua verificação dependerá de ordem judicial para ingresso na casa.

A busca pessoal, a par de relativizar a intimidade do revistado, e em menor grau sua liberdade, não pode malferir sua integridade física. Deve ser feita em diferentes níveis conforme o grau de ameaça, seguindo o uso proporcional da força.²⁰

Cabe rememorar que, conforme a diligência seja efetuada junto à pessoa ou à casa, a busca e apreensão se classifica em busca pessoal ou busca e apreensão domiciliar. Em que pese os pressupostos serem semelhantes, os requisitos, o momento e a previsão normativa são distintos.

A busca pessoal investigativa tem a finalidade de angariar provas para a persecução penal, ou seja, investigar a infração penal já praticada. Sua base legal está no art. 240 do CPP, que traz três hipóteses de busca pessoal que dispensam mandado judicial: a) prisão; b) mandado de busca e apreensão domiciliar; c) fundada suspeita. Apesar de não

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 117.767, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 11/10/2016.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.362.124, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 19/03/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 172.525, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe 28/06/2012.

²⁰ Em que pese ter ficado consagrada a expressão *uso progressivo da força*, convém salientar que não obrigatoriamente o policial precisa passar por todas as escalas de uso da força, podendo haver necessidade de saltar da verbalização diretamente para o uso da arma de fogo, sem passar pelas fases intermediárias, como único meio de neutralizar a agressão.

constar no rol exemplificativo, o consentimento do revistado também autoriza a busca pessoal, pois o indivíduo tem a faculdade de dispor de sua intangibilidade pessoal.

A busca pessoal preventiva²¹, a seu turno, visa a garantir a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. O desiderato é prevenir o cometimento de crimes, tendo em vista que a segurança pública traduz dever do Estado. É realizada para fiscalizar indivíduos que ingressem em estabelecimentos públicos e privados, e pessoas e veículos em vias públicas, decorrendo do próprio art. 144 da CF, estando também disciplinada direta ou indiretamente na legislação esparsa.

²¹ Também chamada de revista pessoal de prevenção e segurança pelo legislador (art. 13-A da Lei 10.71/03).

3 BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

3.1 PREMISSAS TEÓRICAS

A busca e apreensão domiciliar é aquela realizada no interior da casa, entendida para fins penais e processuais penais como o espaço delimitado que a pessoa utiliza com exclusividade, com finalidade pessoal ou profissional. Logo, o conceito legal de casa é bem mais abrangente que a concepção comum, como se explicará adiante.

É consabido que a casa é asilo inviolável do indivíduo. Estabelece o Pacto de São José da Costa Rica que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em seu domicílio (art. 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Entretanto, assim como os demais direitos fundamentais, a proteção ao domicílio não ostenta natureza absoluta, o que significa dizer que pode ceder frente a outros interesses igualmente relevantes, tais quais o direito do cidadão à segurança pública e o poder-dever estatal de punir. Os direitos individuais não são ilimitados, porquanto encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Lei Fundamental (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).²² É proporcional a suspensão episódica de direito individual em prol do interesse da sociedade. Não houvesse possibilidade de mitigação dos direitos constitucionais, poderiam ser converter em verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.²³

A própria Constituição trouxe as hipóteses excepcionais nas quais a inviolabilidade da casa (impossibilidade de ingresso na residência contra a vontade do morador) pode ser relativizada (art. 5º, XI da CF), a saber: a) flagrante delito (durante o dia ou noite); b) desastre ou prestar socorro (durante o dia ou noite); c) por determinação judicial (durante o dia).

Não custa lembrar da outra exceção constitucional à inviolabilidade domiciliar, qual seja, a vigência do estado de sítio (art. 139, V da CF). Nesse caso, o decreto do estado de sítio deve suspender a garantia constitucional (art. 138 da CF), podendo o Presidente da República designar executor para a busca e apreensão a ser realizada independentemente de ordem judicial.

Também é possível vislumbrar a violação da casa sem ensejar responsabilidade criminal nos casos de justificantes e discriminantes putativas, tais como estado de

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/09/1999.

²³ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

necessidade (ex: policial em troca de tiros entra numa casa para se abrigar e salvar sua vida) e estrito cumprimento do dever legal putativo (ex: policial entra numa casa para atender um flagrante de agressão após ouvir gritos de uma mulher pedindo socorro contra seu marido agressor, mas quando ingressa na residência nota que tudo não passou de um ensaio para uma peça de teatro).

De igual modo, merece ser destacada a hipótese de requisição administrativa, legítima intervenção restritiva na propriedade privada autorizada pelo art. 5º, XXV da CF, tal como ocorre no combate a endemias (art. 15, XIII da Lei 8.080/90 e art. 1º, §3º, IV Lei 13.301/16).

Apropriado realçar que não apenas os cidadãos em geral, mas em especial os agentes estatais devem observar esses limites intransponíveis no exercício de suas funções. A busca e apreensão domiciliar é realizada costumeiramente no início da fase externa do inquérito policial, com a deflagração da operação policial. Esse momento é possível após o desenvolvimento satisfatório da fase interna do procedimento policial, com a colheita de elementos investigativos mínimos, a exemplo de oitivas de vítimas e testemunhas e de relatórios policiais, que possam amparar representação por busca e apreensão domiciliar e prisão.

De posse dos mandados, o delegado de polícia discricionariamente elege o melhor momento para seu cumprimento sob o ponto de vista do sucesso das diligências. Assim, na deflagração etapa operacional da investigação policial, não raras vezes a Polícia Judiciária cumpre simultaneamente diversos mandados de busca e apreensão, em conjunto com eventuais mandados de prisão e de condução coercitiva, encerrando o inquérito policial ou finalizando uma etapa ou fase da investigação.

O conceito de casa para fins da legislação penal e processual penal (art. 150, *caput* e §4º do CP e 246 do CPP) é bem mais abrangente que para a norma civil (art. 70 do CC), não se restringindo ao local onde a pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo, englobando qualquer local de habitação, pouco importando se permanente, eventual ou transitória.

Consiste em todo local delimitado, individual ou coletivo, que alguém ocupa com exclusividade, para fins pessoais ou profissionais.²⁴ Essa localidade fica salvaguardada dos olhares não autorizados de terceiros, consistindo aí a proteção à intimidade e vida privada. A casa é local onde o indivíduo guarda seus bens, pertences e documentos e mantém as relações

²⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

peçoais mais próximas, livre de interferências indevidas de terceiros, daí a estreita conexão da inviolabilidade domiciliar com a intimidade e a privacidade, mais do que a própria segurança. Domicílio é um espaço de projeção da própria personalidade.²⁵

Abarca qualquer compartimento habitado (casa ou apartamento) e suas dependências (jardim, garagem, quintal, sacada, terraço, pátio), por se tratar de local situado dentro do terreno da casa, sendo preciso indicação visível a terceiros no sentido de que se trata de propriedade particular (tal como portão, cerca, placa). As pastagens e campos de propriedades rurais não são dependências da casa, e, por corolário, não são resguardadas.

Protege-se também a habitação coletiva (quarto de pensão ou república). A casa abandonada não é tutelada pela inviolabilidade do domicílio, pois não faz sentido proteger a intimidade de morador inexistente. Importante não confundir a casa abandonada com a casa ocupada esporadicamente, tais como as casas de praia. Nessa linha, inserem-se no conceito de casa quarto ocupado de hotel ou motel,²⁶ o leito de hospital e a cabine de navio.

Está englobada, de igual forma, a habitação móvel. Não é preciso que a residência esteja fixada ao solo, como no caso do veículo utilizado como habitação do indivíduo, tais como o *trailer*²⁷ e o barco residência. Com relação à cabine de caminhão utilizada pelo caminhoneiro para dormir, a doutrina a encaixa no conceito de casa, desde que se trate de viagem prolongada, lá possuindo objetos pessoais, roupas e material de higiene. O fato de o carro estar aberto (e não trancado) não impede seu enquadramento como casa, o que importa é ser utilizado como residência. O Superior Tribunal de Justiça não firmou posição quanto à busca e apreensão, mas em relação à configuração de crime de posse ou porte de arma de fogo entende que a boleia de caminhão não traduz casa.²⁸ Evidentemente, se o veículo não estiver em local público, mas estacionado no interior de domicílio, sua verificação dependerá de ordem judicial para ingresso na casa.

Abrange também o compartimento não aberto ao público onde se exerce profissão ou atividade (de natureza pública ou privada). Ou seja, o domicílio pode se destinar não só a fins residenciais, mas também profissionais (nesse caso, a proteção limita-se à área de acesso restrito ao público - *do balcão para dentro*).²⁹ Destarte, estão englobados no conceito escritório profissional, consultório médico, estabelecimentos comerciais, depósitos e lojas. A

²⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Inviolabilidade do domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 14.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2007.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.362.124, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 19/03/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 172.525, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe 28/06/2012.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/2008.

área restrita de repartições públicas, de igual forma, está abrangida no conceito legal de casa, tal qual o gabinete de autoridade pública, como o delegado de polícia.³⁰ Quanto à busca e apreensão em repartições públicas existem 2 orientações. Tanto no sentido de que deve, necessariamente, ser precedida de requisição da autoridade competente ao responsável pela repartição, quanto que é viável a realização da busca ainda que sem de prévia requisição, desde que regularmente solicitada e cumprida.

Já as áreas abertas ao público de estabelecimentos públicos e privados não são protegidas pela inviolabilidade. Todavia, nos horários fora de expediente, quando estão fechados ao público, passam a contar com a proteção constitucional. Logo, não estão albergadas pela inviolabilidade domiciliar a área aberta ao público de habitação coletiva (átrio de pensão ou república), temporária (*hall* de hotel e hospital, saguão de navio) ou móvel (reboque de caminhão), além da área aberta ao público de estabelecimento comercial ou profissional (*do balcão para fora*) durante o horário de funcionamento.

Há restrições quanto a alguns locais.

Não é possível a realização de busca e apreensão domiciliar nos consulados (arts. 31.2, 31.4 e 33 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares), e tampouco nos locais de missões diplomáticas (art. 22.3 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas) ou residência particular dos agentes diplomáticos (art. 30 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas).

Quanto ao escritório de advocacia, existe regramento específico no Estatuto da OAB, estabelecendo condições adicionais para o cumprimento da busca e apreensão domiciliar (art. 7º, §§6º e 7º da Lei 8.906/94).

Por fim, o fato de o morador ser detentor de foro por prerrogativa de função não impede a realização de busca e apreensão no seu domicílio. O foro especial significa que a busca e apreensão deve ser decretada pelo Tribunal competente, e não que a casa não possa ser vasculhada.

Quanto ao conceito de dia, a doutrina se divide.

Parte dos autores adota o critério físico-astronômico, entendendo dia como o período entre a aurora e o crepúsculo (nascer e pôr-do-sol).³¹ Esse era o critério da Lei de

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 298.763, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 07/10/2014. Entendimento contrário inviabilizaria o serviço público, pois bastaria que qualquer cidadão desejasse manifestar sua indignação ou protestar para que pudesse ingressar em área restrita de algum prédio público, anulando a proteção à liberdade individual de todos aqueles que trabalham em repartições públicas, que poderiam ter seu local reservado de trabalho invadido por terceiros não autorizados a qualquer momento.

³¹ MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 442.

14/10/1822, primeira lei a consagrar a inviolabilidade domiciliar, que vedava o ingresso na casa “depois do sol posto, e antes de nascer”.

O critério cronológico engloba o espaço de tempo entre 06:00hs e 18:00hs,³² dividindo dia e noite em períodos iguais de 12hs. Seguimos esse critério, mais seguro. O fato de em parte do ano existir claridade após certo horário não leva a concluir que se trate de dia, sob pena de a inviolabilidade domiciliar ficar suscetível a critérios meteorológicos e a proteção do cidadão ficar suscetível a fatores aleatórios. Além disso, a autorização da prática de atos processuais até as 20:00hs (art. 172 do CPC) não significa que o *dia* se estenda até esse horário. Caso contrário, o *dia* se alongaria para além das 20:00hs no caso dos juizados especiais criminais (art. 64 da Lei 9.099/95).

Por fim, há que utilize um critério misto entre os conceitos.

Quanto ao dia da semana, nada obsta que a busca e apreensão seja efetivada no final de semana, aplicando-se a regra que autoriza a prática de atos processuais nesses dias (arts. 797 e 3º do CPP).³³

A busca e apreensão domiciliar pode ser classificada conforme as autorizações constitucionais à entrada na casa alheia.

Vale ressaltar que, tecnicamente, as exceções à inviolabilidade do domicílio não abrangem o consentimento do morador, pois quando só há que se falar em violação da casa se a entrada de terceira pessoa não foi autorizada.

Com efeito, são espécies de busca e apreensão domiciliar: a) consentimento do morador; b) flagrante delito; c) determinação judicial.

3.2 BUSCA E APREENSÃO COM CONSENTIMENTO DO MORADOR

A busca e apreensão domiciliar com consentimento do morador se caracteriza pela concordância do habitante com a diligência, podendo ser realizada durante o dia ou à noite.

Nenhum problema existe no fato de o morador abrir mão da inviolabilidade do domicílio no caso concreto, tendo em vista que a intimidade e privacidade são bens jurídicos disponíveis. Logo, sabendo que o dissentimento é elementar do crime de violação de domicílio (art. 150 do CP), a autorização exclui a própria tipicidade, não sendo preciso utilizar o consentimento do ofendido como causa extralegal de exclusão da ilicitude.

³² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 437; TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 414.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

A aquiescência deve ser livre, expressa, anterior, esclarecida, específica e oriunda de pessoa capaz de consentir. Ou seja, não se admite o assentimento decorrente de coação física ou moral, implícito,³⁴ posterior, sem prévia informação de direitos, genérico ou emanado de pessoa incapaz de consentir. Senão vejamos.

O assentimento precisa ser livre, ou seja, não estar viciado por erro ou qualquer tipo de intimidação ou promessa de favorecimento. No caso de coação física ou moral, ou promessas indevidas, além de os elementos angariados serem imprestáveis em razão da ilicitude da prova, o agente público sofre responsabilização pessoal pelo abuso cometido. Muito embora o ordenamento jurídico não faça qualquer ressalva quanto ao destinatário da autorização para ingresso na casa, há quem sustente que o consentimento do morador não teria validade para o policial ou outro agente público, pois o exercício da autoridade estatal representa, por si só (de forma implícita), um constrangimento à livre deliberação do cidadão. Em outras palavras, o temor gerado em decorrência dos poderes inerentes ao cargo público (*metus publicae potestatis*) afastaria a licitude da diligência. Esse consentimento foi chamado pela Suprema Corte dos Estados Unidos de sob autoridade governamental (*under government authority*) ou sob as cores do uniforme (*under color of office*).³⁵ Todavia, prevalece que não se pode presumir a coação, sob pena de inviabilizar a ação do Estado mediante autorização do morador. Ademais, a providência será documentada nos autos, em nada prejudicando o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O consentimento deve ser expresso, jamais presumido. O silêncio não pode ser interpretado como autorização, por força da regra probatória derivada do princípio do *in dubio pro reo*.³⁶ Como não há previsão legal de forma especial, o assentimento pode ser concedido tanto verbalmente como por escrito. Se for verbal, deve ser documentado, seja no boletim de ocorrência ou no depoimento do policial como testemunha. Melhor ainda se for confeccionado auto circunstanciado, nos moldes do exigido para a busca e apreensão por determinação judicial (art. 245, §7º do CPP), se possível com assinatura de 2 testemunhas para eliminar quaisquer dúvidas sobre a regularidade da ação policial.

A aquiescência deve ser anterior à entrada na casa, nunca posterior. Afinal, o ingresso na residência depende dessa autorização, tornando viciada a entrada no domicílio

³⁴ PINTO, Ana Luísa. Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.

³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, Amos v. United States, DJ 28/02/1921; U.S. Supreme Court, Johnson v. United States DJ 28/02/1921.

³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Revista do Advogado da AASP, n. 242, abr. 1994, p. 31.

sem ela. Isso significa que a chamada limitação da renúncia do interessado,³⁷ que afasta a ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada), deve ser aplicada com reservas, apenas se a manifestação se der previamente.

A concordância precisa ser precedida de um grau de esclarecimento sobre as implicações da medida contra o morador que consente com a busca. Em que pese a falta de previsão legal, tratando-se de mais uma diligência no inquérito policial que pode implicar a produção de prova contra o investigado, importante que sejam esclarecidos seus direitos e as consequências da realização da diligência. Assim como ocorre no interrogatório (art. 186 do CPP, art. 5º, LXIII da CF e art. 8.2, g da Convenção Americana de Direitos Humanos), o alvo da investigação precisa saber que, em razão do privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), tem a faculdade de não adotar comportamento que possa incriminar a si mesmo.³⁸

A anuência necessita ser específica, ou seja, outorgada para um caso concreto. Isso significa que não se admite autorização futura, como se fosse um cheque em branco *ad eternum*, ou tampouco que a concordância para entrada numa casa implique na liberdade para ingresso em domicílios diversos situados em locais distintos.

A autorização deve ser concedida por pessoa capaz de consentir. Isto é, não se admite a entrada na casa se quem franqueou o ingresso foi menor ou inimputável, que deve se manifestar por representante legal ou curador (art. 33 c/c art. 3º do CPP).

Havendo mais de um morador (que não precisa ser necessariamente proprietário, locatário ou possuidor), a autorização deve ser unânime.³⁹ Em caso de divergência prevalece a negativa, solução consentânea com o espectro protetivo que deve cercar o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Finda a busca e apreensão, deve ser documentada. Apesar de inexistir previsão específica nesse sentido, nada impede a confecção à parte de auto circunstanciado, nos moldes do exigido para a busca e apreensão por determinação judicial (art. 245, §7º do CPP).

³⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 525.

³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 263. out. 2014.

³⁹ PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 133-134.

3.3 BUSCA E APREENSÃO DECORRENTE DE FLAGRANTE DELITO

Em que pese sua guarida constitucional, a entrada na casa para interromper flagrante delito consiste em tema bastante polêmico.⁴⁰

Dúvidas não sobejam que não demanda ordem judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite, por força do art. 5º, XI da CF. Cuida-se de causa especial de exclusão da ilicitude com relação aos delitos de violação de domicílio (art. 150 do CP) e abuso de autoridade (art. 3º, b da Lei 4.898/65), não só em razão do comando constitucional, mas também do dispositivo infraconstitucional (art. 150, §3º do CP).

O ingresso no domicílio é admitido diante da ocorrência de uma das hipóteses de flagrância elencadas no art. 302 do CPP. Pode-se imaginar que apenas o flagrante próprio (art. 302, I e II do CPP) permitiria a entrada forçada na residência, pois a norma mitigadora de direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente. Contudo, prevalece na doutrina⁴¹ e na jurisprudência⁴² que o preceito constitucional não trouxe qualquer vedação às outras modalidades de flagrante (impróprio e presumido – art. 302, III e IV do CPP). Fosse diferente, a casa se transformaria em verdadeiro escudo protetivo em favor de delinquentes em flagrante, criando odiosa imunidade ao criminoso. Evidentemente a casa não pode ser vista como um espaço de entrada franca; porém, certo é que também não pode se erigir em ambiente inquebrantável.

Dentro da casa pode ser interrompida qualquer infração penal que esteja sendo praticada, mesmo que se trate de contravenção penal. O termo flagrante *delito* deve ser interpretado extensivamente, pois não faria sentido proteger o cidadão contra apenas uma das espécies do gênero infração penal (crime), deixando-o desamparado quando for vitimado pela outra modalidade (contravenção penal). Não se olvide que a interpretação extensiva é admitida no processo penal, motivo pelo qual esse mesmo raciocínio é feito na análise do dispositivo que hospeda o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da CF).

Em relação ao flagrante de crime permanente, é indubitável que delito permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo). Quanto a essa modalidade delitiva, enquanto não cessar a permanência, permite-se a prisão em flagrante (art. 303 do CPP) ainda que dentro da casa.

⁴⁰ Este capítulo contou com ideias que desenvolvemos em: HOFFMANN, Henrique. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. Revista Consultor Jurídico, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 23/04/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.899, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001.

A polêmica, portanto, não está na possibilidade da entrada na casa em situação flagrancial, mas no grau de certeza de que existe um crime sendo praticado. Nesse ponto, há basicamente três correntes:

- a) é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; trata-se de juízo de certeza;⁴³
- b) não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas, ou seja, demonstração por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); cuida-se de juízo de probabilidade, demonstrado por elemento externo objetivo;⁴⁴
- c) é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal; trata-se de juízo de possibilidade, aferível por elemento interno subjetivo.

O Supremo Tribunal Federal se filiou à posição intermediária:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. (...) Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “fundadas razões”.⁴⁵

Nesse sentido, fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Com efeito, se de um lado não se deve incentivar o exercício da adivinhação que coloque a violação do domicílio numa verdadeira loteria, de outro é temerário exigir uma confirmação visual muitas vezes impossível de ser obtida que enfraqueceria sobremaneira o combate à criminalidade que não respeita sequer o recato do lar.

⁴³ MACIEL, Sílvio. Abuso de autoridade. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

⁴⁴ Também chamada de *justa causa provável*: BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e Apreensão e a Justa Causa Visível ou Provável. In: HOFFMANN, Henrique. et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 603.616, Rel. MIn. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

Nesse ponto, importante fazer uma diferenciação: identificação das fundadas razões não se confunde com justificção das fundadas razões. Perceber que existe alta probabilidade de que um crime está acontecendo no interior da casa e diferente de expor esse motivo justo a outrem.

Nesse passo, a identificação das fundadas razões deve ser sempre prévia à entrada na residência, sob pena de transformar a diligência na casa em verdadeira loteria. Se um policial entra no domicílio alheio, deve notar a situação de flagrante delito antes de entrar na casa.

Já a justificção do motivo justo pode ser feita depois, em razão da urgência da diligência policial. Com a conclusão da medida coercitiva, tomadas as providências e cessado o perigo, o agente estatal passará a colocar no papel o porque de ter entrado no local. Não faria sentido exigir o cumprimento dessa burocracia antes de entrar no domicílio, sob pena de inviabilizar a ação emergencial.

Em outras palavras, os elementos objetivos e racionais devem evidenciar *ex ante* a situação flagrancial, muito embora possam ser justificados *a posteriori*. A situação flagrancial deve ser detectada com certa segurança previamente à entrada no imóvel.

Se o agente entrar sem a presença de fundadas razões, ainda que dê sorte de encontrar situação flagrancial dentro da casa, a medida continuará sendo ilegal. Isto é, a descoberta por acaso após o ingresso não serve para dar amparo retroativo à violação de domicílio (que nesse caso deveria ter sido precedida de mandado judicial). Isso significa que, se a entrada na casa for injustificada, o posterior achado de objetos ilícitos em seu interior não torna lícita a ação, sob pena de esvaziar a franquia constitucional.

Quando muito, a intuição autoriza a busca pessoal, mas nunca a busca e apreensão domiciliar.

O posicionamento da Suprema Corte não eliminou por completo a problemática, pois a expressão *fundadas razões* é polissêmica, persistindo a busca por parâmetros mais seguros de interpretação do requisito.

Exemplifica essa dificuldade a situação de fuga e entrada imediata na casa pelo indivíduo prestes a ser abordado pela Polícia. A evasão pode caracterizar fundadas razões se somada a algum outro fator de suspeição, caso contrário o refúgio dentro de residência para evitar a ação policial possibilita mera intuição que não autoriza a entrada na casa pelos policiais. Destarte, além da escapulida da abordagem, demanda-se atitude suspeita

externalizada naquele momento em atos concretos, ou prévia investigação sobre o indivíduo ou monitoramento do local.⁴⁶

Outra situação problemática é o policial simplesmente sentir o cheiro de droga ilícita do lado de fora da casa, e imediatamente ingressar no seu interior. Surpreendentemente, o Judiciário brasileiro entendeu que essa circunstância caracteriza fundadas razões para a invasão do domicílio.⁴⁷

Demais disso, a denúncia anônima, por si só, não constitui embasadas razões a autorizar o acesso à residência, devendo ser robustecida com elemento adicional.⁴⁸ A *notitia criminis* apócrifa apenas é útil uma vez seguida de diligências (mesmo que breves) para confirmar os fatos nela noticiados. Só pode ser prestigiada a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, contudo, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à instantânea autorização de medida cautelar.

Mais uma questão sensível diz respeito ao insucesso da diligência, quando o policial ingressar na casa e constatar que não havia situação flagrancial. Nesse contexto, é preciso distinguir duas situações.

Se o policial agir baseado em fundadas razões (das quais tenha conhecimento prévio), ainda que o flagrante não se confirme (ex: não ache drogas nem armas), não será responsabilizado penalmente, em razão do estrito cumprimento do dever legal putativo.

Lado outro, se a diligência não derivar de embasadas suspeitas, o policial será responsabilizado. A entrada forçada injustificada em domicílio é arbitrária e configura crimes de abuso de autoridade (art. 3º, b da Lei 4.898/65) e violação de domicílio (art. 150 do CP).⁴⁹ Mesmo que o flagrante se confirme, o encontro posterior de prova da materialidade não tem o condão de afastar a ilicitude das provas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Logo, a diligência deve ser avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.⁵⁰ Parcela da doutrina sustenta que a prova colhida no interior da casa não deve ser considerada ilícita. Isso porque o policial, ainda que por abuso de autoridade, impede a

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1574681, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 03/05/2017.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 423.838, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 08/02/2018.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 117.988, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 81.752, Rel. Min. Jane Silva, DJ 27/09/2007.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

ocorrência de um crime em franco desenvolvimento, situação muito diferente daquela em que o agente da autoridade tortura o preso para que confesse.

A ação imediata, independentemente de ordem judicial, deve ser tomada se a entrada for imprescindível para prevenir o dano à vítima, aos policiais ou terceiros, evitar a destruição de provas, impedir a fuga do suspeito ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços de aplicação da lei. Essas situações de perigo de prejuízo foram chamadas no direito norte-americano de circunstâncias exigentes (*exigent circumstances*).⁵¹

Se a diligência urgente for feita por policiais militares sem prévia comunicação à autoridade policial, o delegado de polícia fará a análise de legalidade da situação, e lavrará ou não o flagrante e instaurará ou não procedimento criminal contra o policial conforme vislumbrar a existência ou ausência de fundadas razões.

A busca e apreensão deve ser devidamente documentada após o seu término. Na prática, o relato da diligência consta nos depoimentos dos policiais, inquiridos como condutor e testemunhas por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante. Todavia, nada impede a confecção à parte de auto circunstanciado, nos moldes do exigido para a busca e apreensão por determinação judicial (art. 245, §7º do CPP), embora não haja previsão específica nesse particular.

Para a entrada na casa a fim de interromper situação flagrancial não se exige necessariamente que o morador esteja dentro do domicílio. Alguns crimes são consumados pelo tão só fato de o indivíduo manter (ocultar ou simplesmente ter em depósito para si ou guardar para terceira pessoa) determinado objeto no interior da sua residência (ex: arma de fogo, droga e produto de crime). Esses delitos permanentes geram estado flagrancial enquanto o criminoso tiver a coisa sob seu cuidado. E o agente pode realizar essa vigilância estando dentro da casa ou do lado de fora da residência (o que é bastante comum, aliás); os verbos nucleares mencionados não exigem o contato físico ininterrupto com a coisa. Logo, para a entrada na casa e interrupção do flagrante de crime permanente por posse de objeto proibido, o imprescindível é a presença física do criminoso ao menos nas imediações da residência.

Mais uma importante discussão envolve a dúvida sobre a autorização da Polícia para, logo depois de capturar o indivíduo em via pública, dirigir-se à sua casa (localizada nas imediações) para realizar a busca. A captura em via pública de suspeito em flagrante não autoriza, por si só, o policial a ingressar na sua casa, mas também não a proíbe de forma absoluta. Para a entrada na residência sem ordem judicial, são necessárias fundadas razões da

⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, United States v. McConney, DJ 10/02/1984.

existência de crime sendo praticado no interior do domicílio. E o tão só fato de o indivíduo ter sido surpreendido em flagrante por delito praticado em local público não permite concluir que esteja praticando crime também no interior de sua casa. Claro que, se o policial vislumbrar indícios de delito permanente sendo praticado dentro da residência (ex: preso em flagrante por tráfico de drogas confessar informalmente, após advertido do seu direito ao silêncio, que guarda entorpecentes dentro de casa), poderá realizar a busca. O que se dará não de forma automática em razão da prisão em flagrante em via pública, mas em decorrência da presença de fundada suspeita de delito sendo praticado dentro da moradia. Nesses casos, para garantir a higidez da ação policial, o ideal é que o agente da autoridade policial comunique imediatamente o delegado de polícia responsável para consultar sobre a licitude da operação.

Finalizando, se o capturado em flagrante em via pública autorizar a entrada em sua casa (livre de coação e estando ciente dos seus direitos), é chancelada a busca e apreensão com consentimento do morador. Como visto, a prisão em flagrante em local público não admite automaticamente a entrada na casa. Mas não impede por si só a voluntária aquiescência do sujeito ciente de seus direitos, podendo o capturado liberar a entrada dos policiais em sua casa.

3.4 BUSCA E APREENSÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL

A busca na casa por determinação judicial se dá pelo cumprimento, durante o dia, de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido pelo Poder Judiciário.

Cuida-se de causa especial de exclusão da ilicitude quanto aos crimes de violação de domicílio (art. 150 do CP) e abuso de autoridade (art. 3º, b da Lei 4.898/65), por imposição da própria Constituição Federal (art. 5º, XI da CF), havendo também dispositivo infraconstitucional nesse rumo (art. 150, §3º do CP).

Indubitavelmente, a busca e apreensão domiciliar decorrente de ordem judicial distingue-se por sua importância, merecendo extensa análise em razão das inúmeras vicissitudes que enseja.

4 BUSCA E APREENSÃO SOB O INFLUXO DO GARANTISMO CRIMINAL

4.1 PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E FINALIDADES

O regime jurídico dos provimentos de natureza cautelar estabelece certas balizas para que as medidas instrumentais sejam efetivadas e garantam o resultado útil da investigação e do processo, atendendo aos interesses do Estado e da vítima sem significar abuso contra o imputado. Isso quer dizer que a procura e apossamento de bens não deve ser feita de maneira indiscriminada, estando condicionada à presença de certos pressupostos e requisitos. São requisitos a fumaça do direito e o perigo da demora.

O *fumus boni iuris* (plausibilidade da medida, analisada com base na probabilidade e verossimilhança dos elementos disponíveis) é manifesto na expressão *fundadas razões*, que demanda maior concretude do que a *fundada suspeita* exigida para a busca pessoal. É o que se chama na Constituição dos Estados Unidos, pioneira na proteção ao domicílio, de causa provável (*probable cause*). Deve ser justificado por meio de fundamentação concreta, amparado em início de prova ou ao menos indícios relativamente convincentes quanto à necessidade da medida.

De outro lado, o *periculum in mora* (risco de perecimento pela deterioração natural, desaparecimento ou destruição) decorre de indícios iniciais no sentido de que o investigado oculta em sua casa algum objeto de interesse probatório. Praticado o delito, é de se esperar que o criminoso, ávido por manter sua liberdade, proceda à destruição, ocultação ou manipulação de provas e vestígios. O que ainda não tiver sido eliminado costuma ser escondido em residências e locais de trabalho, considerados seguros pelo delinquente até que providencie a efetiva eliminação. A ação do Estado-Investigação deve ser rápida. Muitas vezes o sucesso da investigação policial depende exatamente da verificação do interior do domicílio do suspeito, de modo a descobrir objetos que constituam corpo de delito ou provas contundentes da prática de infração penal.

A busca e apreensão domiciliar não é medida aleatória. Ao contrário, deve perseguir fins específicos, tanto que o mandado de busca e apreensão deve indicar, o mais precisamente possível, a finalidade da diligência – além do endereço da casa, o nome do proprietário ou morador e o motivo (art. 243 do CPP).

O art. 240, §1º do CPP traz um rol de finalidades:

Art. 240. (...)

- § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
- 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.

Apesar de existir doutrina sustentando que se cuida de rol taxativo (*numerus clausus*),⁵² a possibilidade de apreensão de *qualquer elemento de convicção* sinaliza se tratar de lista exemplificativa (*numerus apertus*), porque o legislador apresentou uma forma casuística (fechada) seguida de uma fórmula genérica (aberta), autorizando a interpretação analógica.

O legislador não foi técnico ao dizer que a busca domiciliar serve para apreender pessoas vítimas de crimes. Isso porque ofendido não é apreendido, podendo no máximo ser conduzido coercitivamente, e nesse caso a diligência se dará por mandado específico. Ademais, na hipótese de resgate de vítima que está com a liberdade privada (ex: redução à condição análoga à de escravo, sequestro e cárcere privado), cuida-se de flagrante de crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, dispensando-se mandado de busca e apreensão domiciliar.

Já quanto à prisão de criminosos, o mandado de busca e apreensão não é hábil, por si só, a efetivá-la, exceto se durante a medida ocorrer situação de flagrância (ex: durante a busca por documentos numa casa, é descoberta uma arma). Apesar de o art. 240, §1º sinalizar a possibilidade de se prender criminosos por meio de mandado de busca e apreensão domiciliar, o fato é que, presentes os requisitos da prisão cautelar, será expedido documento próprio, qual seja, mandado de prisão.

Com relação à carta, sabe-se que o sigilo de correspondência possui guarida constitucional (art. 5º, XII da CF). Há quem defenda que a inviolabilidade da correspondência é absoluta,⁵³ posição que não encontra respaldo na doutrina majoritária,⁵⁴ tendo em vista que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como salvo conduto da prática de crimes.

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 2008, p. 321.

⁵³ PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 218; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 123.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

Esta posição também foi encampada pela Corte Suprema para admitir a excepcional interceptação de correspondência dos presos pela Administração Penitenciária.⁵⁵ Se o envelope estiver aberto, deve ser tratado como um documento qualquer, não havendo que se falar em violação de correspondência, podendo os policiais acessar o conteúdo.⁵⁶ Já se a missiva estiver cerrada, só pode ser acessada mediante autorização constitucional. Quanto à encomenda, tendo em vista que transporta coisas e não pensamentos escritos, não é abrangida pelo segredo epistolar, cujo desiderato é salvaguardar a intimidade da pessoa.⁵⁷ Logo, mercadorias enviadas pelo serviço postal podem ser violadas diante de fundada suspeita.

Admite-se a apreensão de quaisquer objetos, desde que sejam relacionados com a infração penal, seja de origem lícita ou ilícita. Em outras palavras, não apenas os bens ilícitos podem ser apreendidos na investigação criminal.

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem ser demonstrados, ainda que por informações embrionárias decorrentes de investigações preliminares. Não se exigem elementos robustos, obviamente, pois constituem justamente o que se quer buscar com a busca e apreensão.

Nesse sentido, a denúncia anônima não autoriza, por si só, a decretação da busca e apreensão domiciliar ou de outros métodos invasivos de investigação (tal como a interceptação telefônica), nem mesmo a instauração de inquérito policial ou a propositura de ação penal, segundo entendimento dos Tribunais Superiores.⁵⁸ É dizer, a *noticia criminis* apócrifa, apesar de não servir como substrato exclusivo para a apuração criminal, pode perfeitamente ensejar o início das investigações, devendo ser confirmada por diligências posteriores.

Logo, a decretação da busca e apreensão domiciliar será válida caso a delação inqualificada tenha sido corroborada por elementos confirmatórios mínimos, sob pena de ilicitude da prova.

4.2 DECRETAÇÃO, SOLICITAÇÃO E EXECUÇÃO

A presença dos pressupostos deve ser aferida pelo magistrado, em juízo de cognição sumária, porquanto a busca e apreensão domiciliar está agasalhada pela cláusula

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 6.719, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08/06/1998.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.537, Rel. Min. Edson Vidigal, DJe 02/04/2001.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 117.988, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.

absoluta de reserva de jurisdição (art. 5º, XI da CF). Em outras palavras, a decretação deve ser feita pelo juiz, pois em relação a essa matéria possui a prerrogativa de dizer não só a última palavra, mas também a primeira.⁵⁹

Por óbvio, a decisão judicial deve ser motivada (art. 93, IX da CF), não sendo suficiente a simples determinação para *expedição do mandado* solicitado.⁶⁰ Muito embora não seja a melhor forma de decidir, nada impede a utilização de fundamentação referenciada (*per relationem*),⁶¹ desde que a decisão faça referência concreta à peça que pretende encampar, transcrevendo as partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar.⁶²

Por isso mesmo, a entrada em domicílio contra a vontade do morador, sem que haja o devido mandado judicial (e fora das demais exceções constitucionais), é ato ilegal que configura abuso de autoridade (art. 3º, a da Lei 4.898/65).

Dessa forma, o art. 241 do CPP, segundo o qual “quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”, não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, que exige ordem judicial para a violação do domicílio. O fato de o delegado de polícia cumprir a diligência pessoalmente não afasta a cláusula de reserva de jurisdição. O que significa dizer que, não sendo o caso das demais exceções constitucionais (flagrante delito, desastre e socorro), apenas mediante decisão do juiz é possível violar o domicílio contra a vontade do morador. Pela mesma razão, não pode o fiscal da Administração Tributária entrar forçadamente (art. 195 do CTN) na casa sem prévia ordem judicial⁶³, ou tampouco uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) expedir mandado de busca e apreensão domiciliar.⁶⁴ É dizer, o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos não prevalece sobre essa limitação constitucional ao poder do agente estatal, que não pode ingressar na casa alheia sem mandado judicial contra a vontade de quem de direito (*invito domino*).

Além do art. 241 do CPP, segundo o qual “quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”, o art. 242 do CPP prescreve que “a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. Interpretação literal dos dispositivos levaria a admitir a

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.664.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 51.586, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 05/05/2008.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 98.814, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 23/06/2009.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 214.049, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 05/02/2015.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/12/1999.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.642, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/11/2000.

decretação da busca e apreensão domiciliar de ofício pelo juiz em qualquer etapa da persecução penal, mesmo na pré-processual. Os comandos legais devem ser lidos à luz da Constituição Federal, no sentido de que a iniciativa probatória do magistrado deve se limitar à fase processual. Com efeito, o magistrado não pode atuar sem provocação na fase investigativa, sob pena de evidente afronta ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade. O juiz só pode decretar medida cautelar de ofício durante o processo (e nunca na fase investigativa), e não deve executar *manu propria* qualquer providência investigativa em quaisquer das etapas, sob pena de se transformar em verdadeiro juiz inquisidor, figura rechaçada pela doutrina⁶⁵ e pela jurisprudência⁶⁶ por violar o sistema acusatório e do princípio da imparcialidade.⁶⁷

Quanto à solicitação, a autoridade de Polícia Judiciária pode representar pela busca e apreensão domiciliar, no exercício de sua capacidade postulatória imprópria, autêntica *legitimatio propter officium*. Se o art. 241 do CPP, que autorizava o delegado de polícia a expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, não foi recepcionado em razão do art. 5º, XI da CF, isso significa que precisa representar pela diligência investigativa. A utilização de medidas cautelares constitui mais um dos possíveis caminhos a serem trilhados na busca pela verdade.

O membro do Ministério Público pode requerer a medida ao Judiciário (art. 242 do CPP), desde que no seio de procedimento investigatório criminal próprio, tendo em vista o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir a apuração criminal do *Parquet*.⁶⁸ De outro lado, não poderá solicitar a diligência no bojo de inquérito policial, pois nesse caso estaria fazendo as vezes do delegado de polícia e o substituindo na presidência da apuração criminal. Nessa situação, deve remeter as informações que recebeu à autoridade de Polícia Judiciária para que analise a pertinência da busca e apreensão domiciliar.

Nada impede que o ofendido e o suspeito solicitem a busca e apreensão ao delegado (art. 14 do CPP), que avaliará a pertinência da sugestão e decidirá se formulará a representação ao juiz. Também não há óbice para que os envolvidos requeiram a diligência domiciliar diretamente ao magistrado (art. 242 do CPP), já que não é mecanismo de incriminação, o que se depreende do próprio art. 240, §1º, e do CPP, que prevê a colheita de elementos para a defesa como uma de suas possíveis finalidades.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 461.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1.570, Rei. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004.

⁶⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 587.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 593727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

A atribuição para execução da medida recai sobre a Polícia Civil e Polícia Federal, órgãos policiais constitucionalmente autorizados a investigar infrações penais (art. 144, §§1º e 4º da CF). A Polícia Militar pode realizar a diligência tão somente em investigação de crime militar (art. 144, §4º, *in fine* da CF).

Como a lei fala em “executores” (art. 245, *caput* e §7º do CPP), no plural, há quem entenda inadmissível o cumprimento da diligência por apenas 1 policial.⁶⁹ Realmente, por questão de segurança, é recomendável que a medida seja realizada por mais de 1 agente, e por isso mesmo se considera que a menor célula policial é composta por dois policiais. Todavia, a interpretação literal não parece a melhor. Nada impede o cumprimento do mandado pelo único agente disponível no momento, especialmente se houver acompanhamento de testemunhas, pois ausente qualquer prejuízo à idoneidade da medida. Ademais, deve-se considerar que o legislador admitiu o implemento da diligência pelo próprio juiz (art. 241 do CPP), e utilizou o termo “moradores” no plural (art. 245, §4º).

Nessa linha, as atividades investigatórias de crimes comuns devem ser exercidas precipuamente por policiais civis ou federais, “sendo vedada a participação de agentes estranhos à autoridade policial”.⁷⁰ Eventuais máculas estruturais das Polícias Judiciárias não tem o condão de autorizar o desrespeito ao arcabouço normativo. Esse entendimento doutrinário encontra guarida na legislação⁷¹ e em decisões dos Tribunais Superiores⁷² e da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷³.

Embora não caiba a execução autonomamente por policiais militares, há quem admita que os milicianos, no máximo, colaborem no cumprimento da busca e apreensão domiciliar. Nessa situação, a diligência deve permanecer sob coordenação do delegado de polícia, presidente das investigações (art. 2º, §1º da Lei 12.830/13).

Ainda que a busca e apreensão tenha que ser realizada em local fora da comarca de atuação do delegado de polícia, deve a representação ser feita perante o juízo competente, não havendo exigência de que seja feita ao juiz da comarca onde a medida será executada.

⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 418.

⁷⁰ FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. Revista Duc In Altum - Caderno de Direito. v. 4. n. 6. jul-dez. 2012.

⁷¹ Arts. 144, §§1º, 4º e 5º da CF; art. 4º do CPP; art. 2º, §1º da Lei 12.830/13.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2427, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/08/2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 3441, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09/03/2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 149.250, Rel. Min. Adilso Vieira Macabu, DJe 05/09/2011;

⁷³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Escher e Outros vs Brasil, Sentença de 06/07/2009.

Quanto ao cumprimento do mandado na outra comarca, pode o delegado que representou pela medida e seus agentes executarem a diligência em território alheio, comunicando-se a autoridade policial com atribuição sobre o local. Também pode a busca e apreensão ser feita pelo delegado de polícia do local da execução, mediante expedição de carta precatória (art. 237, III do CPC c/c art. 3º do CPP). De igual modo, nada impede a execução conjunta da medida por ambas as autoridades.

Também é legítimo o ingresso em comarca alheia para efetuar diretamente a apreensão (e não a busca, que depende de ordem judicial do juízo competente), quando a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa. Nesse caso, o objeto não precisa ser procurado, pois já foi encontrado, sendo necessária apenas sua constrição. As hipóteses são as seguintes (art. 250, §1º do CPP): a) conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista; b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encalço. Deve a autoridade ou seus agentes apresentar-se à autoridade local (delegado de polícia ou juiz) antes ou após a diligência conforme sua urgência (art. 250 do CPP). A apresentação não deve ser feita necessariamente ao magistrado, tanto porque a medida de apreensão não se submete à cláusula de reserva de jurisdição (podendo ser feita pelo delegado), quanto pois a própria Lei Processual Penal utiliza o termo *autoridades*, no plural, no art. 250, §2º:

Art. 250. (...)

§2º. Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligências, entrarem pelos seus distritos, ou da legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustre a diligência.

Concluindo, na execução de atos investigativos em circunscrição policial da mesma comarca, não se exige carta precatória (art. 22 do CPP). Já no cumprimento de diligências em circunscrição de outra comarca pelos policiais daquele local, exige-se carta precatória (art. 237, III do CPC c/c art. 3º do CPP). Todavia, nada obsta que a providência seja relativizada, como no caso de mandado inserido no banco nacional de mandados de prisão (art. 289-A, §1º do CPP). Em adição, a falta dessa formalidade constitui mera irregularidade sem o condão de causar a nulidade da diligência, se atendidos os pressupostos de decretação da medida.⁷⁴

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 15.893, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 24/09/2001.

4.3 SIGILO, CONTRADITÓRIO E ATUAÇÃO DA DEFESA

Como se sabe, a sigilosidade é uma das mais importantes características da investigação policial. Com a prática do delito, o criminoso atinge uma posição de vantagem em relação à vítima e à Polícia Judiciária, que precisa ser revertida na fase inicial da persecução penal, sob pena de completo fracasso na colheita de provas e informações.

Nessa trilha, é preciso garantir ao Estado-Investigação um fator surpresa a possibilitar um mínimo de efetividade à investigação. Essa imprevisibilidade significa a inexistência de a Polícia Civil e a Polícia Federal anunciarem de antemão os seus passos na apuração criminal.

A busca e apreensão manifesta claramente esse aspecto de sigilo, já que nem o investigado ou tampouco seu advogado devem ser informados previamente sobre a revista. Aliás, o segredo que reveste a medida cautelar probatória às vezes atinge a própria equipe policial. Em grandes operações, em que existe maior chance de vazamento de informações, para evitar essa dissipação de dados pode o delegado de polícia planejar a medida de modo que apenas momentos antes do início da diligência a equipe tome conhecimento dos alvos, com explicação do plano de ação.

Como se sabe, o art. 282, §3º do CPP preconiza que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Surge então a dúvida sobre a aplicabilidade desse contraditório prévio, que incide genericamente sobre as medidas cautelares pessoais, também à medida cautelar probatória da busca e apreensão domiciliar, tendo em vista que a investigação criminal é sabidamente inquisitória. Vejamos.

A partir do desequilíbrio gerado pelo cometimento do crime, é preciso que o Estado-Investigação materialize o desejo de sociedade de retorno à condição de equilíbrio com a aplicação da lei penal. No entanto, esse caminho deve ser percorrido de maneira justa e controlada, sem sobressaltos.⁷⁵ Para estabelecer a igualdade, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de autoria. Assim, tendo em vista esse desnível provocado pelo próprio criminoso, na

⁷⁵ FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99.

fase indiciária justifica-se alguma vantagem em favor do Estado, a fim de restabelecer o equilíbrio e melhor colher indícios a respeito do fato criminoso.⁷⁶

Essa característica está diretamente relacionada à busca da eficácia das diligências investigatórias. Fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária, seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato policial. Funciona o elemento da surpresa, portanto, como importante traço da investigação preliminar, em benefício de seu resultado útil.

Destarte, diz-se que o inquérito policial é inquisitório, e não acusatório como o processo penal, porquanto não incidem de maneira integral os postulados do contraditório e ampla defesa. Exatamente por isso o direito do advogado a ter acesso ao inquérito policial limita-se às diligências já concluídas e juntadas aos autos (súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal e art. 7º, §11 da Lei 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). A defesa desempenha papel relevante na investigação preliminar, que não está a serviço da acusação. Todavia, sua atuação na fase pré-processual deve ser feita com parcimônia, de modo a não inviabilizar a apuração criminal.

Bem assim, a resposta à pergunta sobre aplicabilidade do contraditório prévio à busca e apreensão domiciliar só pode ser negativa, por uma razão muito simples: inviabilizaria a medida. Essa técnica de investigação necessita de execução silenciosa e célere.

Por isso mesmo o art. 282, §3º do CPP ressalva os casos de *perigo de ineficácia da medida*, e o Superior Tribunal de Justiça⁷⁷ entende incabível a manifestação prévia da defesa em medida cautelar. Trata-se de medida *inaudita altera pars*, sendo o contraditório postergado. A ausência de oitiva antecipada da parte contrária não significa que a defesa ficará de mãos atadas. O investigado terá acesso aos documentos que materializam a diligência e poderá se manifestar a partir da conclusão da busca e apreensão e juntada da documentação aos autos do inquérito policial. Isto é, a defesa poderá se insurgir em momento diferido pelos meios recursais e autônomos de impugnação.

Avisar o investigado que sua casa será devassada pela Polícia retiraria o fator surpresa que serve de base às investigações, permitindo que o morador ocultasse ou destruísse objetos de interesse à apuração. Convém que o delegado de polícia, em sua representação por

⁷⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques (Coord). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 51.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS 30.172, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 04/12/2012.

busca e apreensão domiciliar, faça a expressa ressalva nesse sentido, evitando entendimentos equivocados que prejudiquem a investigação.

4.4 MOMENTO, PRAZO E INDIVIDUALIZAÇÃO

A investigação preliminar é conduzida de maneira discricionária pela autoridade policial, que determina o rumo da apuração de acordo com as vicissitudes do caso concreto, “da forma que melhor lhe aprouver”.

Nessa esteira, tendo como premissa a discricionariedade enquanto característica do procedimento policial, cabe ao delegado de polícia decidir o momento mais adequado para a representação da diligência e o cumprimento do mandado de busca e apreensão. Por vezes a pressa pode atrapalhar o melhor resultado da investigação.

Quanto ao prazo para cumprimento do mandado de busca e apreensão, o CPP não fixa um lapso temporal ou tampouco exige que o juiz o estabeleça. Todavia, na prática não é raro que o magistrado defina um período para cumprimento da diligência. Desde que seja fixado um tempo razoável que não inviabilize a execução do mandado, consideradas as costumeiras dificuldades estruturais e deficiência de efetivo da Polícia Judiciária, parece uma boa medida, evitando que o mandado se torne um cheque em branco a seja executável mesmo após eventual prescrição do delito investigado. Nesse ponto, concilia-se a necessidade de realização da medida cautelar probatória com o limite temporal ao direito de punir (art. 107, IV do CP).

No que se refere à natureza do prazo pra cumprir o mandado de busca e apreensão, afigura-se como processual penal, assim como o prazo pra encerramento do inquérito policial com investigado preso. A diligência em si interfere na inviolabilidade do domicílio, mas não há essa interferência desde a decisão judicial.

Não pode o magistrado criar requisitos adicionais sem justificativa, tal como estabelecer que o mandado judicial só pode ser cumprido por duas testemunhas não policiais.

78

A solicitação do delegado ou do promotor deve indicar, e o mandado judicial deve conter, o mais precisamente possível, o endereço da casa, o nome do proprietário ou morador, o motivo e a finalidade da diligência (art. 243 do CPP). A regra geral é que o mandado de busca e apreensão seja preciso, individualizando a pessoa, especificando o local e indicando o

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 84.679, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09/11/2004.

porquê. Ou seja, precisa ter individualização subjetiva (pessoa investigada e respectivo domicílio) e objetiva (fato investigado). A medida invasiva não se presta a saciar a curiosidade alheia, possuindo direcionamento específico.

A ausência de individualização subjetiva culmina no chamado mandado coletivo ou genérico, verdadeiro cheque em branco para a indiscriminada devassa de um sem número de residências e constrangimento de inúmeros moradores, sem a preocupação em individualizar o investigado e seu domicílio.

Não se tolera a entrada indistinta em todos os domicílios de determinada pessoa. Por isso é que, em se tratando de edifício, a autorização judicial para ingresso em determinada sala de um andar não pode ser estendida para as demais salas e andares, ainda que seja de propriedade ou posse da mesma pessoa física ou jurídica.⁷⁹ Do mesmo modo, o mandado referente a um estabelecimento comercial não autoriza automaticamente a entrada em outros recintos da mesma pessoa localizados em endereços diferentes.⁸⁰ Nada impede que o mandado autorize o ingresso em mais de um local, porém essa permissão deve ser expressa.

Todavia, a inexistência de numeração do domicílio pode ser suprida pela indicação das características (ex: cor e tamanho) e locais contíguos (ex: ao lado de uma padaria). Daí ser extremamente recomendável que a equipe policial faça um levantamento prévio do local antes de cumprir a medida, tanto para identificar de forma precisa a casa, quanto para avaliar os riscos e melhor estabelecer o planejamento de execução da busca e apreensão, detalhes esses que serão explicitados no *briefing* que antecede a deflagração da medida.

Se o nome do investigado ou do proprietário não for conhecido, nada impede sua individualização pelo apelido ou características físicas.

De outro lado, a ausência de individualização objetiva acarreta o mandado prospectivo ou por prospecção, expedido sem precisar o fato investigado, para sondar se o indivíduo está envolvido em algum crime, sem que existam quaisquer elementos preliminares contra o morador, o que é vedado. A busca e apreensão domiciliar é delimitada pelo tipo de crime investigado, não se tratando de autorização genérica para colheita aleatória de coisas, sem objeto definido. Pressupõe a existência de *fumus comissi delicti*, ou seja, indícios de materialidade e autoria. O que se deseja com o emprego de medida cautelar probatória é aprofundar a apuração sobre um delito noticiado à Polícia Judiciária, e não buscar

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16/12/2014.

⁸⁰ Não se pode olvidar da adesividade do mandado de busca e apreensão domiciliar, característica segundo a qual o mandado adere à casa do investigado, e não ao prédio físico eventualmente abandonado pelo alvo de modo repentino e malicioso, permitindo a entrada no novo domicílio para onde os objetos procurados foram levados.

aleatoriamente possíveis crimes dos quais sequer se tem notícia. Não é legítima a investigação por prospecção,⁸¹ levada a efeito para descobrir se um indivíduo está envolvido em algum delito (e não para confirmar se a pessoa é a responsável pelo crime investigado). Não se pode esquecer que a investigação é pós-delitual, nunca pré-delitual.⁸² Esse tipo de investigação foi chamado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos de *fishing expedition*⁸³, em analogia com uma pescaria em que se joga a rede primeiro para depois *pescar* quaisquer evidências acerca de futuros crimes, desprezando a exigência de indícios prévios.

No entanto, alertam os Tribunais Superiores⁸⁴ que não há obrigação de indicação, de antemão (*ex ante*), de todos os bens a serem apreendidos, num verdadeiro exercício de futurologia. Inexiste dispositivo legal exigindo que o delegado de polícia ou o juiz esmiúce quais documentos ou objetos devam ser coletados, até mesmo porque tal pormenorização só é possível de ser implementada após a verificação do que foi encontrado no local em que cumprida a medida, ou do que localizado em poder do indivíduo que sofreu a busca pessoal. Especificado o norte da investigação, é preciso conferir certa margem de liberdade, no momento da diligência, à autoridade policial.

Com relação aos motivos e fins da diligência, cabe recordar que os objetivos manifestam-se no binômio utilidade e pertinência (arts. 118 e 6º, II do CPP). A finalidade é localizar e apreender os bens que interessarem à persecução penal (utilidade) e tiverem relação com o fato (pertinência).

Bem assim, o desiderato da busca e apreensão domiciliar (medida cautelar probatória) é obter os instrumentos e produtos do crime. Para conseguir o proveito do delito, o instrumento adequado é o sequestro (medida cautelar patrimonial).

O motivo e os fins da diligência são sempre extraídos da investigação no bojo da qual se insere a busca e apreensão. Em uma apuração do crime de tráfico de drogas na qual se tenha identificado a possível *boca de fumo*, por exemplo, o motivo da medida é a ocultação da droga na residência (suposta prática do crime do art. 33 da Lei 11.343/06), sendo a finalidade sua localização e apreensão (para obtenção da prova pericial).

⁸¹ QUIROGA, Jacobo López Barja de. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal/iure, 1989, p. 185; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08/06/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1154376, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 16/05/2013.

⁸² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117.

⁸³ CONSELHO DA EUROPA, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Caso Vinci Construction and GMT génie civil et services v. France, DJ 02/04/2015.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet 5.173 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 90/09/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 142.205, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 59.661, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 03/11/2015.

4.5 MODO DE CUMPRIMENTO E ADESIVIDADE

A diligência deve ser cumprida durante o dia (art. 245 do CPP), que pode ser compreendido como o período entre a aurora e o crepúsculo (critério físico-astronômico), como o lapso entre 6:00hs e 18:00hs (critério cronológico) ou a conjugação dos marcos anteriores (critério misto), conforme o posicionamento que se adote.

Não é demais reforçar que o marco temporal serve como baliza para o início da busca, não impedindo que se estenda durante a noite se necessário para garantir a eficácia da medida. Em outras palavras: sua execução não se interrompe pelo advento da noite, sob pena de a diligência fracassar ao permitir que o morador destrua ou encontre outro esconderijo para a coisa procurada.⁸⁵ Além disso, a restrição não impede que a equipe de policiais tome medidas preparatórias ao ingresso na casa antes das 06:00hs ou aurora, tal como o cerco do local para assegurar a eficácia da diligência.

Não deve haver solução de continuidade na atividade. Assim sendo, com o encerramento da medida, lavratura do auto circunstanciado e saída de toda a equipe policial do local, não se admite a retomada da busca horas depois sem nova ordem judicial, ainda que durante o dia.⁸⁶ Todavia, ainda que a busca e apreensão numa casa tenha sido finalizada, pode a Polícia Judiciária retornar ao local e averiguar o interior do carro parado em frente à residência, na via pública, se a fundada suspeita for confirmada depois por fontes fidedignas.⁸⁷ Nesse caso, não se trata de admitir solução de continuidade na busca e apreensão domiciliar e reabri-la utilizando o mandado duas vezes, mas simplesmente de executar busca pessoal logo após uma busca e apreensão domiciliar. Cabe ressaltar que a busca pessoal é cabível não apenas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, mas igualmente na hipótese de fundada suspeita, bem como de prisão (art. 240 do CPP).

A diligência deve ser realizada com discrição, sem o acompanhamento simultâneo da imprensa ou de terceiras pessoas. O palco de operações deve permanecer desembaraçado, se preciso com estabelecimento de perímetros de isolamento.

Não é obrigatória a participação de advogado. O indivíduo não pode obstar a realização da diligência sob o argumento de que não se faz acompanhar por procurador. O direito do advogado concentra-se em assistir a seu cliente investigados durante a realização da

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 413.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 20/09/2012.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 117.767, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 11/10/2016.

sua inquirição (art. 7º, XXI do Estatuto da OAB – Lei 8.906/94). É dizer, a participação do causídico na investigação, em que pese recomendável, continua não sendo obrigatória, sendo imperativa sua atuação apenas a partir da produção da *prova* oral relativa a seu cliente. Claro que, no momento em que o causídico chegar, poderá acompanhar a execução da medida, sem interferir em sua execução, podendo ter acesso ao resultado da diligência assim que for finalizada e juntada aos autos (art. 7º, §11 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal).

A regra geral impõe que os executores, antes de penetrarem na casa, mostrem e leiam o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta (art. 245, *caput* do CPP). Se no domicílio somente estiver pessoa incapaz de consentir, utiliza-se o regramento da ausência de morador. No entanto, o preceito não possui caráter absoluto. Em algumas situações, esse procedimento pode acarretar a frustração da medida. Na efetivação da busca exploratória,⁸⁸ que por natureza ocorre na ausência do responsável pelo estabelecimento, não há que se falar em leitura do mandado. Outra exceção ocorre diante de perigo à integridade física dos policiais, do morador ou de terceiros, nada impede que a leitura e apresentação do documento se dê assim que a situação esteja sob controle da equipe de policiais, logo após o ingresso no recinto e *congelamento* da cena da diligência (busca rápida em todos os cômodos para detectar ameaças, com identificação de todos os ocupantes e facilitação da posterior varredura minuciosa do local).⁸⁹ Dessa maneira se evita um potencial confronto e o morador continuará tendo total ciência do teor do mandado, compatibilizando-se a finalidade da regra (transparência dos atos públicos) com a garantia da incolumidade de todos os envolvidos.

Para tornar ainda mais transparente a medida, os policiais devem se identificar, esclarecendo também o objeto da diligência (art. 245, §1º do CPP).

A varredura no domicílio deve ser feita sem desvio de finalidade, sob pena de a prova encontrada fortuitamente não ser considerada válida.⁹⁰ Devem ser seguidas basicamente duas premissas: a) o agente deve realizar a busca nos locais onde provavelmente a coisa possa estar escondida, abstando-se de procurar onde claramente não estaria o objeto; b) se o agente já tiver localizado o bem procurado, deve encerrar a diligência e cessar a procura. Assim, se a diligência for decretada apenas a fim de localizar um veículo roubado, não há razões para vasculhar todas as gavetas e armários no interior da residência. Já se o mandado judicial

⁸⁸ Tema desenvolvido adiante no tópico sobre *busca exploratória*.

⁸⁹ Por isso mesmo a Portaria 1.287/05 do Ministério da Justiça, alterada pela Portaria 759/09, ao estabelecer instruções sobre a execução de mandados de busca e apreensão pela Polícia Federal, ressalva essa hipótese.

⁹⁰ Maiores detalhes podem ser conferidos no tópico a seguir acerca da *ilicitude*.

autorizar a busca e apreensão de drogas ou de documentos, procurar cada cômodo da casa é o que se espera da Polícia Judiciária. Do mesmo modo, se uma busca e apreensão domiciliar for autorizada para apreender um computador, a partir do momento em que ele for encontrado acabam os motivos para a continuidade das buscas, não sendo acidental o achado posterior, após o prosseguimento da diligência por considerável período, de um documento falsificado no interior de um cofre ou a descoberta ulterior de um animal em cativeiro.

Não há qualquer problema na realização de buscas pessoais durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão. Ao contrário, essa é a providência recomendada, porquanto o curto espaço de tempo entre a chegada e efetiva entrada dos policiais civis ou federais pode ser suficiente para que o morador esconda o objeto procurado junto ao corpo e frustre a diligência.

Destarte, podem ser revistados o morador e outras pessoas presentes (art. 240, §2º do CPP), inclusive o advogado do investigado, que pode estar com documento ou outro objeto de interesse para a investigação (art. 243, §2º do CPP).

A agilidade é fundamental. O alvo não deve ser molestado mais do que o indispensável para o sucesso da diligência (art. 248 do CPP). A busca, como toda medida restritiva de direitos fundamentais, deve ser realizada de forma menos invasiva àquele que a suporta, inclusive porque ainda está sob a proteção da presunção de inocência.⁹¹

Eventual uso da força deve ser feito de modo proporcional, priorizando-se a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais (art. 2º da Lei 13.060/14). Logo, não se deve usar arma de fogo contra pessoa desarmada que fuja da diligência sem representar risco (art. 2º, parágrafo único da Lei 13.060/14 e item 4 da Portaria Interministerial 4.226/10 MJ e SDH). O uso de algemas deve seguir o regramento trazido pela súmula vinculante 11 da Suprema Corte, segundo a qual:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes (art. 245, §6º do CPP). Este dispositivo reforça a importância da preservação da cadeia de custódia, impedindo a contaminação das

⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury, Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 559.

evidências e o acesso por estranhos não autorizados. É recomendável o uso de luvas para manusear os objetos, e lacres para impedir sua violação, evitando dúvidas quanto á origem do material e garantindo a idoneidade do vestígio. O mesmo cuidado deve existir com os elementos relativos a outros crimes ou outras pessoas, encontrados fortuitamente. Esses vestígios achados por acaso podem ser utilizados na persecução penal ou como *noticia criminis* para nova investigação, não constituindo prova ilícita. Isto é, a serendipidade afasta a ilicitude da prova.

Em situações excepcionais nas quais não seja possível o rápido exame do local, em razão da dimensão do recinto ou da quantidade de objetos, admite-se que o estabelecimento seja temporariamente *lacrado* por determinação do delegado de polícia, tendo em vista que a Polícia Judiciária deve providenciar para que não se alterem o estado e conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais (art. 6º, I do CPP).

Dispõe o art. 247 do CPP que, não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer. Em verdade, os motivos da diligência serão sempre informados, e não apenas mediante requerimento do morador se a diligência restar frustrada. Isso porque o mandado judicial deve mencionar os motivos da busca (art. 243, II do CPP), e será mostrado e lido ao morador no início da diligência (art. 245 do CPP).

Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais (art. 245, §7º do CPP). O Superior Tribunal de Justiça entende a ausência da formalização do documento como mera irregularidade, que não tem o condão de causar nulidade da prova colhida.⁹²

Barreiras podem surgir ao cumprimento do mandado. Ao iniciar a diligência, os executores intimarão o morador a abrir a porta (art. 245, *caput* do CPP). Na sequência, se for determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la (art. 245, §5º do CPP).

Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada (art. 245, §2º do CPP). No mesmo sentido, recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura (art. 245, §3º do CPP).

Ainda que o art. 245, §2º do CPP mencione apenas o arrombamento da porta para forçar a entrada, é certo que a legislação processual penal admite a analogia e a interpretação

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 306.560, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/08/2015.

extensiva (art. 3º do CPP). Afinal, não faria sentido nenhum o policial poder arrombar a porta mas não ter a possibilidade de cortar uma cerca elétrica, quebrar parte de um muro ou abater um animal bravo, medidas proporcionais no contexto do estrito cumprimento do dever legal. Segue-se a sistemática geral do ordenamento jurídico segundo a qual o uso da força é a *ultima ratio*, só devendo ser empregada quando não houver outra possibilidade de entrada no local. Nada obsta que a equipe policial acione um chaveiro para abrir a porta, evitando o arrombamento, se entender que a diligência é de baixo risco e não houver perigo de ocultação ou destruição de bens.

No que tange à desobediência do investigado ou de terceira pessoa, é preciso separar 2 situações, a saber, (a) a não abertura da porta e (b) a não entrega da coisa procurada, verificando-se o horário da diligência.

O desatendimento do investigado quanto à entrega da coisa procurada, seja de dia ou durante à noite, não poderá lhe acarretar responsabilização criminal por desobediência (art. 330 do CP) ou resistência (art. 329 do CP). Vislumbra-se exercício regular de direito, pois o suspeito não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, LXIII da CF, e art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Já se a desobediência do investigado consiste na não abertura da porta, durante a noite o fato é atípico em razão da vedação do ingresso noturno na casa mesmo que por ordem judicial (art. 5º, XI da CF). Se o alvo não abrir a porta durante dia, ciente do mandado judicial, responde por desobediência (art. 330 do CP) ou resistência (art. 329 do CP). A autorização para arrombamento da porta e a entrada forçada no interior do domicílio não configura sanção civil ou administrativa que afastaria o crime de desobediência, mas procedimento de urgência para se possibilitar o cumprimento da medida.

Quanto à terceira pessoa que não atende ao comando, seja de abrir a porta ou de entregar o objeto buscado, auxiliando o criminoso a tornar seguro o proveito ou produto do delito, não há que se falar em *nemo tenetur se detegere*, e por isso responde por favorecimento real (art. 349 do CP). Caso se trate de instrumento do crime ou auxílio para escapar da ação da autoridade pública, fica sujeito ao favorecimento pessoal (art. 348 do CP), ficando livre da responsabilidade penal em se tratando de parente (art. 348, §2º do CP). Não responde pelos crimes se o objeto for referente a contravenção penal (em razão da legalidade estrita) ou se o desatendimento à ordem ocorrer apenas durante a noite (pois a casa só pode ser violada por mandado durante o dia).

A ausência do morador não impede a imediata concretização da busca e apreensão domiciliar, não sendo preciso aguardar o surgimento do investigado. Fica autorizado o

arrombamento da porta e o uso da força para viabilizar a descoberta da coisa (art. 245, §4º do CPP). Deve ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente, recomendando-se que o imóvel seja lacrado ao fim da medida.

Se no domicílio somente estiver pessoa incapaz de consentir, utiliza-se o mesmo regramento da ausência de morador.

Um enorme problema ocorre quando o criminoso adota uma postura nômade e se muda de casa constantemente, justamente para inviabilizar a persecução penal. O delinquente astuto, sabedor da importância da materialidade delitiva, vale-se dos mais diversos meios para evitar que sejam descobertos os objetos de interesse à apuração, ou mesmo para destruí-los ou ocultá-los, e dentre essas artimanhas está exatamente a mudança veloz de residências. Essa premeditação criminosa tem a capacidade de impedir que a equipe de policiais obtenha as pistas procuradas, apesar do esforço empreendido na investigação, deixando a sociedade desamparada.

Nessa esteira, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão individualizado, se a equipe policial detectar, com segurança, que o alvo mudou de casa, levando consigo os objetos, é plenamente possível que os policiais, de posse do novo endereço, até lá se dirijam para cumprir a medida autorizada judicialmente. Essa possibilidade decorre da adesividade do mandado de busca e apreensão, representando uma capacidade perseguidora da determinação judicial. Permite que uma ordem judicial dirigida à violação de uma determinada casa do investigado também abranja a atual residência no caso de modificação repentina de paradeiro. O que a legislação protege é o recato do ambiente de moradia, e não um determinado ponto geográfico abandonado sorrateiramente pelo suspeito. Se existe ordem judicial autorizando a violação do domicílio do imputado, pouco importa o endereço da casa.

Com efeito, o mandado de busca e apreensão domiciliar adere à residência do investigado, e não ao prédio físico abandonado pelo alvo. É recomendável que o juiz conste expressamente em sua decisão e no mandado a adesividade, não deixando dúvidas no proceder do policial.

Importante notar que o mandado é direcionado a uma única residência (ou grupo de residências definidas), mas permite que abranja outras no caso de mudança rápida do esconderijo. Diferentemente do mandado genérico, a adesividade não é um cheque em branco para ação aleatória em determinado espaço geográfico, mas uma autorização para ação somente mediante fundada suspeita.

O mesmo raciocínio vale para o mandado de prisão. Não faria sentido permitir a custódia de alguém apenas num endereço, tornando onde astuciosamente se escondeu um reduto de impunidade.

A providência alternativa de cercar a nova residência e formular outro pedido para nova autorização judicial não seria suficiente, pois, ainda que se conseguisse obter novo mandado com agilidade, não se pode olvidar que bastam poucos minutos para que o indivíduo oculte ou destrua objetos e com isso inviabilize toda a persecução penal. Aliás, é exatamente por isso que é possível usar a força para ingressar na residência se o morador se recusar a abrir (art. 245, §2º do CPP). Posicionamento diferente traduziria um indevido prêmio à astúcia criminoso. Não fosse suficiente, a ideia de que a pessoa ou coisa pode ser perseguida pela autoridade policial ou seus agentes encontra ressonância legal no art. 250 do CPP.

4.6 ILICITUDE DIRETA E POR DERIVAÇÃO

O direito à prova, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, sujeitando-se a limitações, razão pela qual a Constituição Federal preconiza que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI da CF). Nesse sentido, "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais" (art. 157, *caput* do CPP). Assim, não são aceitas as provas conseguidas com violação de direito material (provas ilícitas) ou tampouco aquelas angariadas com infringência a direito processual (provas ilegítimas).

A seu turno, provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, apesar de produzidos validamente, decorreram de prova obtida de forma ilícita. Tais elementos angariados posteriormente são inadmissíveis, pois inquinados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite por relação de causa e efeito. Importante grifar que as provas ilícitas contaminam unicamente as evidências exclusivamente dela decorrentes.⁹³ Esse raciocínio decorre da chamada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada historicamente pela Suprema Corte Norte-Americana,⁹⁴ e com guarida

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, DJ 26/01/1920; U.S. Supreme Court, *Nardone v. United States*, DJ 11/11/1939.

também no Supremo Tribunal Federal⁹⁵ e positivação no ordenamento jurídico pátrio (arts. 157, §1º, 1ª parte e 573, §1º do CPP).

A ilicitude por derivação é uma construção que possui algumas limitações, chamadas de teorias, em que a prova ilícita não irradia reflexos nos dados probatórios ulteriores, o que significa dizer que os frutos da árvore envenenada não ficarão intoxicados.

A teoria ou limitação da fonte independente (*independent source limitation*) estabelece que a prova superveniente autônoma não fica contaminada pela ilicitude originária da prova inicial. Em outros termos, inexistindo nexos causal entre a prova ilícita e ulterior, que não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas, o sistema de contaminação não se efetiva.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a teoria, afirmando que o mandado de busca e apreensão cumprido sem as formalidades exigidas⁹⁶ ou o reconhecimento pessoal com inobservância dos requisitos legais⁹⁷ não contaminam as provas obtidas autonomamente, tais como documentos e testemunhas.

A teoria ou limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) consagra que se a prova apenas circunstancialmente decorre de prova ilícita, pois seria obtida de qualquer maneira por atos de investigação válidos, não pode ser taxada de ilícita.

A teoria ou limitação da contaminação expurgada, também conhecida como teoria ou limitação da tinta diluída (*purged taint limitation*), mancha purgada, vícios sanados ou conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), assenta que se o nexos causal entre a prova primária e a secundária for muito tênue ou superficial, deve ser expurgado, limpando a prova derivada posterior. A limitação, ainda não utilizada pelas Cortes Superiores, foi empregada pela Corte Suprema Norte-Americana⁹⁸ em contexto no qual os policiais violaram o domicílio sem causa provável, acarretando a apreensão de drogas e a prisão do criminoso, que dias depois de ser solto confessou o crime mesmo advertido de seus direitos.

A limitação ou teoria do risco engloba situações nas quais a pessoa espontaneamente revela sua participação em ilícitos a outrem (que não tem o dever legal de guardar o segredo) e assume o risco de que esteja sendo gravado.⁹⁹

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 84.679, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09/11/2004.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/08/2004.

⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, Wong Sun v. United States, DJ 14/01/1963.

⁹⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 521/522.

A teoria do encontro fortuito de provas também é chamada de serendipidade, palavra que remonta à literatura inglesa e que se vincula a descobertas de coisas que não se procuram.¹⁰⁰ O vestígio inesperadamente obtido é válido se encontrado fortuitamente; será ilícito apenas se houve desvio de finalidade, e a prova for conseguida de modo não casual. A validade da prova inesperadamente obtida se justifica pelo fato de a diligência ter sido executada segundo os ditames constitucionais e legais. No caso da busca e apreensão domiciliar, desde que tenha sido autorizada judicialmente e realizada nos moldes do preconizado pela legislação, permitirá a colheita de outras provas acidentalmente encontradas.

A análise do desvio de finalidade (obtenção da prova de modo não casual) é feita basicamente segundo duas premissas: a) o agente deve realizar a busca nos locais onde provavelmente a coisa possa estar escondida, abstendo-se de procurar onde claramente não estaria o objeto; b) se o agente já tiver localizado o bem procurado, deve encerrar a diligência e cessar a procura.

Assim, se a diligência for decretada apenas a fim de localizar um veículo roubado, não há razões para vasculhar todas as gavetas e armários no interior da residência, sob pena de desvio de finalidade. Nesse caso, as buscas adicionais não são necessárias para achar o objeto procurado, havendo desvio de finalidade. Já se o mandado judicial autorizar a busca e apreensão de drogas ou de documentos, procurar cada cômodo da casa é o que se espera da Polícia Judiciária, de maneira que uma arma descoberta por acaso servirá perfeitamente como prova do delito, ainda que não investigado inicialmente. Não é demais destacar que se em muitos casos guardar, ocultar ou ter em depósito o objeto configura crime permanente, autorizando a prisão em flagrante (art. 303 do CPP).

Do mesmo modo, se uma busca e apreensão domiciliar for autorizada para apreender um computador, a partir do momento em que ele for encontrado acabam os motivos para a continuidade das buscas, não sendo acidental o achado posterior, após o prosseguimento da diligência por considerável período, de um documento falsificado no interior de um cofre ou a descoberta ulterior de um animal em cativeiro.

A medida invasiva deve ter sempre uma finalidade específica, sob pena de configurar verdadeira devassa desarrazoada, e a diligência que escapar ao desiderato inicial ser considerada imprestável.¹⁰¹

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 591.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/11/2008.

As Cortes Superiores atestam a licitude das provas em situação na qual são encontrados por acaso objetos utilizados para o cometimento de outros crimes.¹⁰² Apesar disso, existe sugestão doutrinária no sentido da preservação do local e imediata solicitação de nova autorização ao juiz de plantão para proceder à apreensão.

Sendo a prova considerada lícita, o critério para saber seu valor probatório cinge-se à conexão.

Se a prova disser respeito à pessoa investigada e ao crime apurado ou delito conexo, servirá normalmente como meio de prova para prosseguir na investigação e promover a ação penal. Nesse caso, fala-se em serendipidade de 1º grau.

De outro lado, se o fato não for conexo ou versar sobre outra pessoa, a prova deve ser valorada apenas como *noticia criminis* para iniciar nova investigação. Aqui se tem a serendipidade de 2º grau.¹⁰³

Quanto ao achado acidental de provas em escritório de advocacia, os elementos serão válidos apenas se referentes ao advogado ou cliente investigado em concurso com o causídico. Se disserem respeito a clientes não investigados, as provas serão ilícitas, não se aplicando excepcionalmente a serendipidade em razão da proteção especial pelo sigilo profissional do advogado, corolário do direito de defesa. Tais elementos probatórios não servirão sequer como *notitia criminis* para outra investigação, segundo entendimento dos Tribunais Superiores.¹⁰⁴

A limitação do encontro fortuito de provas possui ampla aceitação não apenas doutrinária, mas também nos Tribunais Superiores.¹⁰⁵

Há críticas doutrinárias contra a restrição do valor probatório da prova obtida em razão da conexão. Segundo alguns autores, mesmo a evidência relativa a crime não conexo deveria poder ser utilizada como meio de prova na persecução penal, e não apenas como *noticia criminis* para nova investigação, sob pena de instituir um escudo protetivo em favor de atividades criminosas. Isso porque a Constituição e a legislação não condicionam a valoração da prova à conexão entre os crimes. Não é a conexão que justifica a diligência e garante a licitude da prova, mas a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A autorização possui eficácia objetiva, o que significa que vale não só para o delito já descoberto, mas

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 76.203, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 16/06/1998; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 151.530, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 18/05/2010.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 308019, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/2015.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/10/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 227.799, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 149.008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/08/2010.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 04/03/2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 282.096, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 24/04/2014.

também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados. Não poderia ser diferente, já que a autoridade não tem como adivinhar tudo o que está por vir. O que importa é a regular autorização da medida, mediante a presença dos pressupostos legais aptos a mitigar episodicamente a intimidade e privacidade.

Contudo, pode ocorrer de a prova, apesar de ser colhida sem a observância dos preceitos constitucionais ou legais, ainda assim ser excepcionalmente considerada válida, por aplicação da máxima da proporcionalidade.

A ilicitude pode ser afastada em certos casos em que o indivíduo colhe a prova, ainda que de maneira ilícita, para (a) o suspeito se defender e provar sua inocência (prova ilícita *pro reo*),¹⁰⁶ ou (b) a vítima proteger seu bem jurídico ofendido ou colocado em risco (prova ilícita em legítima defesa).¹⁰⁷ Há ainda outra possibilidade, muito mais excepcional, de (c) salvaguarda da sociedade em situações extremas de necessidade inadiável e incontornável (prova ilícita *pro societate*).¹⁰⁸

Com relação à ampla defesa, se a vedação probatória consiste em limitação ao direito de punir do Estado, para que não haja imposição de sanções a qualquer custo, esse objetivo também será atingido quando o Judiciário deixar de punir com base em prova ilícita. Afinal, o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência merecem preponderância face ao direito de punir.

Quanto à legítima defesa contra agressão injusta, o sistema jurídico autoriza não apenas na seara material, mas também processual, que a vítima se proteja contra o ataque ao bem jurídico, tanto por meio do emprego de força, quanto pela produção probatória diferenciada.

Já a prova ilícita *pro societate*, que envolve discussão bem mais tormentosa, somente é possível em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável, sob pena de se conferir ao Estado ampla e irrestrita possibilidade de violar direitos fundamentais.

Ressalva-se apenas a prova conseguida mediante tortura, ainda que constitua o único meio para inocentar o acusado.

4.7 CUMPRIMENTO EM LOCALIDADES ESPECIAIS

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 402.717, Rel. Min Cezar Peluso, DJ 02/12/2008.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.026.605, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJ 13/05/2014.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

Em muitas oportunidades, a casa onde a varredura será feita não é habitada apenas pelo investigado, existindo outros moradores. Essa circunstância não tem a força de impedir a diligência. Os outros residentes devem suportar a ação do Estado-Investigação, ficando sua intimidade e privacidade episodicamente restritas em prol da apuração criminal que busque garantir a segurança pública da coletividade. Tanto que a própria Lei Processual Penal estabelece que a busca deve ser feita de modo a não molestar os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência (art. 288 do CPP). Isso significa que a ação policial deve ser direcionada exclusivamente aos bens gerais da casa e aos itens pessoais do investigado, devendo ser preservados os bens particulares dos outros moradores, exceto se visivelmente constituírem objetos ilícitos (ex: drogas e armas).

Caso seja apreendido por equívoco algum documento relativo exclusivamente ao outro morador não investigado, deve ser desentranhado da investigação e devolvido, sem afetar a higidez do procedimento.

Assim, o Judiciário pode permitir a busca e apreensão na residência de uma pessoa que não é investigada, contra a qual não parem quaisquer suspeitas, desde que more na mesma casa alguém contra o qual parem indícios suficientes a justificar a diligência.

O fato de o morador ser detentor de foro por prerrogativa de função não impede a realização de busca e apreensão no seu domicílio. A prerrogativa de foro (que inclusive é bastante questionável) vincula-se à pessoa ocupante do cargo, e não à sua residência. O foro especial significa que a busca e apreensão deve ser decretada pelo Tribunal competente, e não que a casa não possa ser vasculhada. Entendimento contrário culminaria na criação de uma bolha de imunidade, onde o agente público poderia livremente cometer crimes e ocultar provas do delito.

Nessa linha de raciocínio, é perfeitamente possível a busca e apreensão realizada em casa de investigado que more junto com detentor de foro especial, ainda que se trate de imóvel funcional (cedido pelo órgão público respectivo). A decretação da medida probatória deve ser feita pelo juízo ordinário, já que a prerrogativa de foro de um morador não se estende a outras pessoas pelo simples fato de residirem com ele. Não vinga a tese de que a residência oficial na qual mora o investigado e a autoridade com foro por prerrogativa de função (ex: investigado casado com parlamentar) não seria mero domicílio, mas verdadeiro bem público afetado ao interesse público e submetido a regime de imunidade. Do contrário, o fato de o agente ser casado ou residir com alguma autoridade com prerrogativa de foro constituiria

inconcebível imunidade a investigações criminais, blindagem incompatível com o Estado republicano, tornando o imóvel em verdadeiro *bunker* imune a ações estatais.¹⁰⁹

Em relação ao escritório de advocacia, sua área interna é considerada casa para fins penais e processuais penais, assim como todo estabelecimento profissional não aberto ao público. A diferença em relação aos demais escritórios profissionais é que existe regramento específico no Estatuto da OAB, estabelecendo condições adicionais para o cumprimento da busca e apreensão domiciliar (art. 7º, §§6º e 7º da Lei 8.906/94), que se somam àqueles do CPP (arts. 240 a 250). Cumprida a decisão judicial nos limites impostos pela lei, não há que se falar em *invasão* do escritório de advocacia, senão em regular cumprimento de mandado judicial, ainda que tenha que ser arrombada a porta de entrada.

É direito do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de ofício, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia (art. 7º, II do EOAB). Isso significa que a prática de atos inerentes ao exercício regular da atividade profissional não é suficiente para fundamentar a postulação pela expedição de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O exercício regular da atividade do advogado compreende a prática de atos como a elaboração regular de peças e pareceres jurídicos (ainda que indevidamente utilizados por terceiros) e a representação de clientes junto a autoridades e órgãos públicos.

A varredura do escritório somente se justifica a partir do momento em que o causídico extrapolar o mero exercício da defesa técnica para descambar em atitudes criminosas. Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, o juiz poderá decretar motivadamente a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB (art. 7º, §6º do EOAB).

A Lei 8.906/94 exige a presença de representante da OAB, e não a comunicação prévia, que pode retirar a eficácia da diligência. Dessa forma, é suficiente que, no momento de início da diligência, seja comunicada a OAB para que indique representante para acompanhar a medida, com a urgência que o caso requer; e eventual atraso exagerado não tem o condão de impedir a realização da vistoria. Não se trata de burlar a prerrogativa funcional do advogado,¹¹⁰ mas de não inviabilizar por completo a colheita de provas. De igual maneira, a expressa renúncia não obsta a busca e apreensão, devendo ser documentada. Não há qualquer necessidade de que a OAB seja comunicada com 24 horas de antecedência, sendo suficiente

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl 24.473, Rel. Min. Dias Toffoli, pendente de julgamento.

¹¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury, Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 558.

que ocorra no momento imediatamente anterior à busca.¹¹¹ Em comarcas grandes, onde existam inúmeros escritórios de advocacia, a comunicação antecipada não trará prejuízo desde que não especifique o local, permitindo que a OAB deixe um representante de prontidão para comparecer ao escritório assim que informado no início da medida, providência que agiliza a presença de advogado no local sem retirar a eficácia da diligência.

É vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes (art. 7º, §6º do EOAB). Essa ressalva não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (art. 7º, §7º do EOAB). Tampouco é permitida a apreensão de documento em poder do próprio defensor, salvo quando constituir elemento do corpo de delito (art. 243, §2º do CPP). Fazendo uma leitura *a contrario sensu*, é permitida a apreensão de documento em poder do causídico que constitua elemento do corpo de delito, e objetos pertencentes a seus clientes também investigados pelo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

Tendo em vista a vedação legal de apreensão de objetos de clientes não investigados na apuração contra o advogado, indaga-se seria possível a utilização da teoria da serendipidade para afastar a ilicitude da prova. Ainda que o encontro do elemento probatório tenha sido casual, sendo o crime conexo ou não, não se admite o emprego da teoria do encontro fortuito de provas para validar a evidência e emprega-la como meio de prova na persecução penal ou como *notitia criminis* para iniciar outra apuração. A exclusão da ilicitude não se aplica em razão da proteção especial pelo sigilo profissional do advogado, corolário do direito de defesa. Em respeito ao papel essencial que desempenha para a administração da justiça e à confiança depositada pelos clientes, tais elementos probatórios, fugindo à regra comum, não servirão sequer como notícia de crime para outra investigação. Trata-se do entendimento dos Tribunais Superiores.¹¹²

Claro que as coisas guardadas no escritório pelo cliente devem ser lícitas. Não faria sentido proteger uma droga ou arma escondida no gabinete do seu defensor, sob pena de se criar um bunker imune à ação estatal e impedir o Estado de agir para aplicar a lei penal.

¹¹¹ GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 14-22, jan./mar. 2007.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/10/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 227.799, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 149.008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/08/2010.

Por mais absurda que essa limitação possa parecer num primeiro olhar, possui um nobre objetivo bastante distinto do simples fomento à impunidade. Sabe-se que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF) e, assim como a Defensoria Pública, constitui o elo entre o cidadão e o efetivo acesso à justiça, concretizando o direito de defesa. Trata-se de múnus público (embora não estatal), função social que extrapola o âmbito privado (art. 2º, §1º do EOAB), sendo a única habilitação profissional que constitui pressuposto à formação de um dos Poderes do Estado, qual seja, o Poder Judiciário.¹¹³

Tamanha é a importância da advocacia que o legislador conferiu diversas prerrogativas para o regular desempenho da profissão, tais como (a) comunicação reservada com o cliente, (b) acompanhamento da OAB durante prisão de advogado por crime inafiançável ligado ao exercício da advocacia e (c) sala de Estado Maior, (d) livre ingresso em órgãos públicos e (e) acesso a investigações de qualquer natureza na defesa dos clientes, (f) imunidade penal por suas manifestações (art. 7º, III, IV, V, VI, XIV e §2º do EOAB, respectivamente), além da ora analisada inviolabilidade do escritório de advocacia.

Destarte, a confidencialidade entre o cliente e o advogado não teria sentido algum se a garantia de segredo não abrangesse o local onde o causídico exerce sua profissão e guarda documentos e arquivos sigilosos. No escritório de um advogado, perturbadoras confissões são feitas, e a defesa se realiza com mais eficiência se o advogado tiver contato com a verdade. Ademais, a confiança é essencial na relação do advogado com seu cliente e se materializa por meio do segredo.¹¹⁴ Nesse diapasão, a entrada no domicílio, sempre excepcional, merece maior cuidado quando se tratar de escritório de advocacia.

Quanto ao alcance ou significado de escritório, polêmica existe quanto ao departamento jurídico da empresa. Uma corrente sustenta que a divisão de advogados é apenas mais um setor da empresa, de modo que o mandado de busca e apreensão autoriza que também o departamento jurídico seja vasculhado, como mais um cômodo do domicílio. De outro lado, há estudiosos sustentando que o departamento jurídico não perde a qualidade de escritório de advocacia, ainda que faça parte da empresa, e somente pode sofrer busca e apreensão se houver indícios de crime praticado por advogado, caso contrário não haveria confiança da empresa em deixar documentos potencialmente incriminadores no seu setor jurídico, obrigando-a a contratar outros advogados.¹¹⁵

¹¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 580.

¹¹⁴ ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 182.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS 27.419, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 14/04/2009.

4.8 BUSCA EXPLORATÓRIA E BUSCA REMOTA

Como se sabe, a interceptação ambiental distingue-se da interceptação telefônica porque naquela há a captação da conversa mantida no próprio ambiente (*cara a cara*), enquanto nesta verifica-se a captação da comunicação por telefone (abrangendo também outros meios tecnológicos). Interceptação ambiental traduz a captação da comunicação alheia por terceiro, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores. Escuta ambiental consiste na captação da conversa por terceiro, com conhecimento de um dos comunicadores. E gravação ambiental é a captação da comunicação por um dos interlocutores. Tudo realizado diretamente no meio ambiente, ou seja, sem uso do telefone, em recinto público ou privado.¹¹⁶

A interceptação telefônica e a escuta telefônica estão amparadas pelo art. 5º, XII da Constituição Federal (e Lei 9.296/96), enquanto a gravação telefônica é admitida pela relativização da intimidade e à vida privada protegida no art. 5º, X, da Carta Magna.¹¹⁷

A interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental são embasadas pelo art. 5º, X da Constituição Federal (e Lei 12.850/13).¹¹⁸ Além disso, por ocorrer dentro de local considerado como casa, a captação da comunicação ambiental inegavelmente envolve a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI da CF).

Isso posto, vale destacar que a interceptação ambiental se concretiza mediante o uso de equipamentos de captação de sinais acústicos (podendo também registrar imagens). E tais dispositivos, por óbvio, precisam ser previamente instalados no local que se quer vigiar. Em razão da proteção constitucional do domicílio, a entrada na casa para esse fim somente pode se dar após ordem judicial.

Em princípio, a instalação dos equipamentos somente poderia ser cumprida durante o dia. Todavia, a eficácia da medida depende do seu cumprimento quando o local estiver vazio, sob pena de o morador ter ciência de que está sendo gravado. E em se tratando de escritório ou estabelecimento comercial, esse horário é o noturno.

Todos sabemos que o mandado judicial que mitigar a inviolabilidade domiciliar deve ser cumprido durante o dia, em razão do disposto no art. 5º, XI da CF. Todavia, também não desconhecemos que não há, no sistema constitucional brasileiro, direito ou garantias que se revistam de caráter absoluto.¹¹⁹ Nesse passo, a inviolabilidade não pode transformar o

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 536.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 583.937, Rel. Min. Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19/11/2009.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 447, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 18/02/2009.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/09/1999.

domicílio em reduto inexpugnável de criminalidade, e por isso mesmo o Supremo Tribunal Federal¹²⁰ admite a entrada judicialmente autorizada em escritório de advocacia durante a noite, para viabilizar o êxito da instalação de equipamento de captação de comunicação ambiental.

De outro lado, não se deve perder de vista que nem sempre a interceptação ambiental se mostra apta a reunir todos os elementos necessários. Há diálogos de difícil captação, seja pelo baixo volume propositalmente desenvolvido pelos interlocutores, seja pelo uso de artimanha dos criminosos que se comunicam por escrito já antevendo a gravação.

Nesse caso, além da interceptação ambiental, é importante a realização da chamada busca exploratória. Concretiza-se quando os policiais, munidos de mandado judicial, ao ingressarem no estabelecimento para instalar os equipamentos de escuta, registram, mediante filmagens, fotografias e fotocópias, dados contidos em documentos e objetos diversos. Em vez da apreensão física dos documentos e objetos, procede-se à detenção virtual de dados. Esse procedimento já foi chancelado pela Suprema Corte.¹²¹

Não se trata de arrecadação ou apreensão física, mas de registro. A ação estatal deve ser marcada pelo sigilo e ausência de publicidade, caso contrário a chance de efetividade é eliminada. É possível materializar a diligência com uso de instrumentos como fotografias, filmagens e scanners.

A busca exploratória pode servir não apenas para registrar as informações, mas para instalar mecanismos de investigação tais como rastreador (*GPS*) em veículos e *softwares* de controle à distância de dispositivos informáticos.

Noutro giro, em muitos casos os órgãos de persecução penal não precisam dos objetos em si, mas dos dados neles contidos. É o que ocorre com registros de conversas e de transações financeiras mantidos em aparelhos celulares, computadores, *pen drives* e outros dispositivos informáticos. Nessas situações, o Estado pode perfeitamente realizar a detenção virtual dos dados em vez da apreensão física dos objetos. O acesso a essas informações não exige necessariamente a busca e apreensão direta.

Pode ocorrer sem contato físico e apreensão do suporte material dos dados (objeto em si), quando for possível a detenção virtual dos dados, mediante acesso remoto às informações armazenadas em dispositivos eletrônicos ou na *computação em nuvem*.¹²²

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/11/2008.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/11/2008.

¹²² Computação em nuvem (*cloud computing*) refere-se ao armazenamento de dados na memória de computadores e servidores compartilhados e interligados por meio da internet.

Também pode se dar sem a entrada na casa, por meio da vigilância com veículo aéreo não tripulado (*drone*) que consiga sobrevoar o espaço aéreo do domicílio e proceder à detenção virtual de dados mediante vídeos e imagens. Cabe sublinhar que, se o uso do *drone* for feito em via pública, a vigilância se equipara a uma campana e não depende de prévia ordem judicial, por não violar o domicílio.

4.9 BUSCA E ANÁLISE DE OBJETOS E DADOS

Cumprida com êxito a busca pessoal ou a busca e apreensão domiciliar, decorrência lógica da constrição da coisa é que essa fonte de prova seja examinada, especialmente por meio de perícia, a fim de ser inserida nos autos como meio probatório.

Quanto aos bens em geral (ex: veículos, armas de fogo, drogas) não há dúvidas em relação à possibilidade de o delegado de polícia determinar o exame direto do material pela equipe policial e requisitar perícia.

Já com relação aos objetos que guardam dados pessoais do investigado (ex: aparelho celular, agenda e computador), surge a incerteza sobre a necessidade de prévia ordem judicial para acessar as informações. Para responder a indagação, é preciso verificar se o acesso às informações contidas nos bens apreendidos submete-se a reserva absoluta ou relativa de jurisdição.

Nesse ponto, considerações devem ser feitas sobre a cláusula de reserva de jurisdição, seja absoluta ou relativa. Decorrente da separação de poderes, a reserva de jurisdição garante que não será subtraída do Judiciário a função de se manifestar sobre mitigação de direitos fundamentais.¹²³

Em algumas situações, a Constituição não deixou opções: exigiu que a restrição a determinado direito fundamental deve ser precedida de ordem judicial. Isto é, assiste ao Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas sobretudo a prerrogativa de dizer a primeira,¹²⁴ tratando-se de reserva absoluta de jurisdição.¹²⁵ É o que ocorre quanto à busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI da CF) e à interceptação telefônica (art. 5º, XII da CF).¹²⁶

¹²³ RANGEL, Paulo Castro. Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 27.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.664.

¹²⁵ RANGEL, Paulo Castro. Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 63.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/09/99.

Em outras situações, a Lei Maior deixou margem para o legislador, que pode exigir autorização judicial anterior, tal como ocorre na infiltração policial (art. 53, I da Lei 11.343/06), ou outorgar a outra autoridade o poder de decisão, a exemplo destruição de plantações ilícitas de drogas pelo delegado de polícia (art. 32 da Lei 11.343/06). Com efeito, o panorama constitucional revela que nem sempre se demanda chancela judicial prévia, o que em nada ofende o princípio da separação dos poderes ou tampouco afeta o posterior controle ulterior do Judiciário – que permanece com o monopólio da última palavra, em atuação exclusiva (reserva relativa de jurisdição).

O legislador conferiu a autoridades administrativas a tutela cautelar em diversas situações, tais como o afastamento preventivo de servidor público investigado (art. 147 da Lei 8.112/90), a apreensão e perdimento de bens sonegados (art. 96 do Decreto-Lei 37/66, art. 23 do Decreto-Lei 1455/75 e art. 14 do Decreto-Lei 1.593/77), a suspensão preventiva de inscrição profissional de advogado (art. 70, §3º da Lei 8.906/94), as providências acauteladoras no processo administrativo (art. 45 da Lei 9.784/99) e as medidas preventivas na apuração de infrações econômicas (art. 84 da Lei 12.529/11), financeiras (art. 17 da Lei 13.506/17) ou de atos de corrupção (art. 10, §2º da Lei 12.846/13).

Já no âmbito da persecução penal, o legislador atribuiu à autoridade policial a possibilidade de adotar *manu propria* uma série de medidas, tais como a prisão em flagrante (art. 304 do CPP), a liberdade provisória com fiança (art. 322 do CPP), a apreensão de bens (art. 6º, II do CPP), a requisição de perícias, objetos e documentos (art. 6º, VII do CPP e art. 2º, §2º da Lei 12.830/13), a requisição de dados cadastrais (art. 15 da Lei 12.850/13, art. 17-B da Lei 9.613/98, art. 10, §3º da Lei 12.965/14 e art. 13-A do CPP), a requisição de dados telefônicos de localização (ERBs) após decurso de doze horas sem decisão judicial (art. 13-B do CPP), a busca pessoal (art. 240, §2º do CPP), a condução coercitiva (arts. 201, §1º, 218, 260 e 278 do CPP) a ação controlada no crime organizado (art. 8º, §1º da Lei 12.850/13), terrorismo (art. 16 da Lei 13.260/16) e tráfico de pessoas (art. 9º da Lei 13.344/16), o aceite de colaboração de detetive particular (art. 5º, parágrafo único da Lei 13.432/17) e o afastamento de servidor público mediante indiciamento por crime de lavagem de capitais (art. 17-D da Lei 9.613/98). O legislador pode inclusive ampliar esse rol de atribuições, desde que não haja reserva absoluta de jurisdição estampada na Constituição.

Destarte, o desenho constitucional adotado indica que nem sempre os atos investigatórios devem possuir chancela prévia do Judiciário, em nada afetando o posterior controle judicial de toda a investigação, pois Judiciário permanece com a palavra final. Não se extrai da Constituição ou da legislação infraconstitucional a necessidade de autorização

judicial para qualquer requisição ou análise de bens e dados pelo Estado-Investigação, na salutar atividade de construção da verdade.

Pois bem. Quanto aos dados e comunicações de dados, merece ser dito que as informações que evidenciam aspectos personalíssimos dos cidadãos são sigilosas e devem ficar fora do alcance de bisbilhoteiros. Nessa esteira, a Constituição protege a intimidade e a vida privada (art. 5º, X da CF), que abrangem uma série de dados pessoais (a exemplo dos bancários e fiscais e de internet), e também a comunicação de dados (art. 5º, XII da CF), seja telefônica, telemática ou por outro meio.

Aqui cabe uma observação importante. A Constituição dispõe no art. 5º, XII que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual". A interpretação que prevalece para a expressão *salvo no último caso* não é a literal, que levaria à conclusão que apenas as comunicações telefônicas poderiam ser interceptadas e o sigilo das demais comunicações seria absoluto. A leitura deve levar em conta que não existem direitos absolutos no sistema constitucional,¹²⁷ razão pela qual já foi admitida a interceptação de correspondência de preso¹²⁸ e de traficante.¹²⁹

Pois então. No caso das comunicações, a própria Constituição impõe a necessidade de ordem judicial para sua captação, existindo cláusula absoluta de reserva de jurisdição. Já quanto aos dados englobados pela intimidade e privacidade, o texto constitucional foi silente, sendo necessário conferir a legislação infraconstitucional. Em outras palavras, a cláusula absoluta de reserva de jurisdição limita-se à comunicação dos dados (art. 5º, XII da CF – informações dinâmicas), e não aos dados em si (art. 5º, X da CF – informações estáticas), que possuem proteção distinta, conforme entendimento dos Tribunais Superiores.¹³⁰ A não ser que a lei estabeleça expressamente o contrário (como no caso de dados financeiros e de *email*), os dados podem ser acessados diretamente pela autoridade investigadora (delegado de polícia) ou acusadora (membro do Ministério Público), independentemente de ordem judicial.

Nessa esteira, o sigilo não se confunde com cláusula de reserva de jurisdição. O fato de o dado ser sigiloso, por dizer respeito à intimidade e vida privada, não significa que

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DH 24/06/1994.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 10.537, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 02/04/2001.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 131.836, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2000.

necessariamente demande prévia ordem judicial para ser acessado. Diferentemente da comunicação de dados, a Constituição não pediu obrigatoriamente outorga judicial para acesso aos dados em si. O direito de não se descobrir não é absoluto, e por isso mesmo o constituinte não permitiu que a privacidade se equiparasse a uma intangibilidade informacional que inviabilizasse a persecução penal.

Ou seja, o legislador ordinário pode perfeitamente admitir o acesso direto, por algumas autoridades (mediante poder requisitório) e no interesse da investigação criminal, a certos dados sigilosos (a exemplo dos dados cadastrais). Esse acesso direto pela a autoridade estatal não ocorre por simples curiosidade e não torna o torna público o dado, não lhe retirando o segredo. Em outras palavras, o conhecimento da informação pelo Estado-Investigação não acarreta sua publicização, que continuará longe dos olhos de curiosos. Tais dados não são blindados por um sigilo tão rígido que exija ordem judicial para ser quebrado, e ao mesmo tempo não são completamente desprovidos de segredo (não são públicos) – ficando inacessíveis à população em geral. Longe de configurar mero capricho estatal, traduz o cumprimento do dever de investigação criminal e garantia da segurança pública, sem olvidar dos direitos fundamentais.

Logo, o dado pode ser classificado conforme o segredo em: a) público – acessível por qualquer pessoa; b) sigiloso de 1º grau (sigilo normal) – franqueado à autoridade administrativa mediante poder de requisição; c) sigiloso de 2º grau (sigilo reforçado) – só pode ser obtido mediante autorização judicial.

No que tange aos dados cadastrais registrados em bancos de dados (públicos ou privados), não se confundem com os demais dados íntimos das pessoas (tais como os bancários e fiscais). Trata-se de informações referentes à identidade (nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, RG, CPF, filiação e endereço), não revelando aspectos profundos da vida privada ou da intimidade do indivíduo, estando mais distantes desse núcleo de proteção.¹³¹ Cuida-se de informações objetivas, não sensíveis, que não permitem um juízo de valor significativo sobre a pessoa. Embora privativos, constituem elementos meramente identificatórios, e não de conteúdo que tornam a comunicação possível, não fazendo sentido a proteção desses dados em si, pelo sigilo mais rigoroso.¹³²

¹³¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 421.

¹³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo e GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coord.). Sigilo Fiscal e Bancário. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28-29.

Por isso existem vários dispositivos legais estabelecendo o dever de órgãos públicos e privados fornecerem tais informações à Polícia Judiciária e ao Ministério Público (art. 2º, §2º da Lei 12.830/13, art. 15 da Lei 12.850/13, art. 17-B da Lei 9.613/98 e art. 10, §3º da Lei 12.965/14 e art. 13-A do CPP).

Acerca dos dados financeiros, lei específica os resguardou, exigindo chancela do Judiciário para seu acesso pela Polícia Judiciária e Ministério Público, excepcionando a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) e o Fisco (arts. 3º, 4º, §1º e 5º da Lei Complementar 105/01). O Supremo Tribunal Federal entende que a obtenção de dados bancários pela Administração Tributária não consiste em quebra de sigilo, mas somente transferência do segredo, do banco ao Fisco.¹³³ Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem resguardados pelo sigilo fiscal (art. 198 do CTN).

Obviamente, se os dados financeiros dependem de ordem judicial para serem fornecidos, a comunicação desses dados também está albergada pela cláusula de reserva de jurisdição.

Já as comunicações telefônicas dependem de anterior chancela do Judiciário, como estampado na própria Constituição.

O acesso a dados telefônicos (armazenados no aparelho celular), por seu turno, é tema mais polêmico, e a solução jurídica depende do tipo de dados a que se quer acesso.

Não depende de prévia autorização judicial o acesso pela autoridade policial à agenda eletrônica e aos registros de ligações (histórico de chamadas).¹³⁴ De igual forma, é lícita a requisição junto à operadora de telefonia, pelo delegado de polícia, de dados de localização pretéritos (ERBs às quais o investigado se conectou com o celular).¹³⁵ Todos esses dados são estáticos e não revelam o teor de qualquer comunicação.

Todavia, para a obtenção de tais dados de localização em tempo real, o legislador, que poderia ter deixado o acesso na esfera exclusiva do poder requisitório da autoridade de Polícia Judiciária (pois tais informações não revelam o conteúdo da comunicação), exigiu autorização judicial (art. 13-B do CPP) para investigação do crime de tráfico de pessoas (art. 149-A do CP), que pode ser dispensada se não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas. É o que nominamos de *cautela subsidiária por inércia*, verdadeira *cláusula de reserva de jurisdição temporária*. Isso porque, num primeiro momento, a medida é postulada em

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 17/02/2016.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19/09/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 66.368, Rel. Min. Gilson Dipp, DP 29/06/2007.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 247331, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/09/2014.

juízo, e, somente em caso de não apreciação judicial com celeridade, a obtenção da informação passa para a esfera de requisição, com determinação direta à operadora de telefonia.

No que concerne às comunicações telemáticas (uso combinado da telecomunicação e informática) a captação de *emails* ou SMS (mensagens de texto de telefone celular) em tempo real se submete ao regramento da interceptação telefônica (art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96, art. 7º, II da Lei 12.965/14 e art. 3º, V da Lei 9.472/97), exigindo ordem judicial.

Quanto aos dados telemáticos (armazenados em aparelho celular, computador, *tablet*, *pen drive*, HD externo, DVD ou outro suporte físico), que em princípio poderiam ser acessados pelas autoridades sem prévia ordem judicial por não existir restrição constitucional, o Marco Civil da Internet estabeleceu cláusula de reserva de jurisdição também para mensagens de correio eletrônico armazenadas (art. 7º, III da Lei 12.965/14) e registros de conexão e de acesso a aplicações de internet (art. 10, §1º da Lei 12.965/14). Além das mensagens de *email*, recebem o mesmo tratamento pela jurisprudência as mensagens curtas de texto (SMS) e as mensagens em aplicativos (ex: *whatsapp*).¹³⁶ E a proteção a essas mensagens abrange não apenas escritos, mas também imagens, vídeos, sons ou informações de qualquer natureza.¹³⁷ Ou seja, o legislador foi além, e tratou a obtenção de dados telemáticos com maior rigor do que seria preciso segundo a leitura da Constituição, talvez por ter em mente que esses dados contêm em si o próprio teor da comunicação.

Como vimos, a autoridade de Polícia Judiciária não depende de chancela judicial para acessar diretamente os dados telefônicos, consistentes em agenda eletrônica e registros de ligações (histórico de chamadas),¹³⁸ assim como pode requisitar à operadora de telefonia as ERBs pretéritas.¹³⁹ Já os dados telemáticos, consistentes nas mensagens de *email*, SMS e aplicativos estilo *whatsapp* (abrangendo textos, imagens, vídeos e sons) demandam chancela judicial.¹⁴⁰

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016. Há precedente em sentido contrário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 210.746, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 26/06/2012.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 67.379, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 20/10/2016.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19/09/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 66.368, Rel. Min. Gilson Dipp, DP 29/06/2007.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 247331, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/09/2014.

¹⁴⁰ Art. 7º, III da Lei 12.965/14; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016.

O aparelho eletrônico que armazena os dados telefônicos ou telemáticos pode ser apreendido pelo delegado de polícia basicamente em decorrência de prisão em flagrante ou busca e apreensão domiciliar. Nessa perspectiva, é preciso verificar a necessidade ou não de ordem judicial para acesso a dados telefônicos ou telemáticos conforme a apreensão do equipamento tenha decorrido de prisão em flagrante ou busca e apreensão domiciliar.

Quanto aos dados telefônicos, seja o equipamento apreendido em busca e apreensão domiciliar (autorizada judicialmente), seja em prisão em flagrante (sem autorização judicial), pode o delegado de polícia extrair os dados por autoridade própria.

Com relação aos dados telemáticos, caso o equipamento seja apreendido em busca e apreensão domiciliar, o próprio mandado judicial já faculta o acesso às informações.¹⁴¹ Nada impede, claro, que o delegado solicite expressamente em sua representação pela autorização para tanto.

A maior polêmica reside na obtenção de dados telemáticos de aparelho apreendido em decorrência de prisão em flagrante.

Para uma corrente, encampada pela jurisprudência,¹⁴² em regra o delegado de polícia precisa de autorização judicial. Excepcionalmente, em situações urgentes nas quais a obtenção de um mandado judicial possa trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito (ex: sequestro), pode a Polícia Judiciária obter diretamente os dados. Obviamente, quando o proprietário autorizar o acesso aos dados, pode ser feito pela Polícia Judiciária.¹⁴³ Essa discussão insere-se no chamado direito probatório de 3ª geração, que abrange as provas tecnológicas invasivas (tais como testes genéticos, biológicos, químicos e toxicológicos, reconhecimento vocal, análise térmica de ambiente, raio x, interceptação telefônica e ambiental, etc); mecanismos contra os quais o cidadão possui proteção decorrente do direito à intimidade e privacidade, de modo que somente com autorização judicial o Estado poderá utilizá-los. Isso porque os *smartphones* contêm não apenas histórico de ligações e agenda de contatos, mas também fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real, dados bancários e fiscais, histórico de sítios eletrônicos acessados e de locais visitados, de maneira que o acesso a tais informações pode revelar muito mais sobre a pessoa do que uma minuciosa busca em sua residência. Esse amparo soma-se ao direito probatório de 1ª geração, que se relaciona a áreas tangíveis e demarcáveis, e confere proteção contra a violação de um espaço privado (coisas, objetos e lugares); e ao direito probatório de

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 75.800, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 15/09/2016.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 132.062, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 29/11/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 103.425, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 26/06/2012.

2ª geração, que estende a proteção de coisas, lugares e pertences públicos (desde que em compartimento fechado), e para pessoas e suas expectativas de privacidade.¹⁴⁴

Outra corrente doutrinária sustenta ser dispensável a chancela judicial para verificar mensagens guardadas no celular de indivíduo capturado em flagrante. São informações estáticas que recebem o tratamento de dados em si (e não de comunicação de dados) e portanto não são atingidas pela cláusula constitucional de reserva de jurisdição. Obviamente a apreensão do objeto pela Polícia Judiciária não decorre de ato aleatório em desfavor de qualquer pessoa, mas de fundada suspeita. Além do mais, a possibilidade de o suspeito apagar os dados remotamente reclama rapidez investigativa, incompatível com a exigência de ordem judicial (que praticamente inviabilizaria a repressão à criminalidade minimamente organizada). Ou seja, sempre há urgência na obtenção do dado, que pode ser deletado a qualquer tempo, fulminando a persecução penal e gerando impunidade. Ademais, a constatação de que o indivíduo não excluiu de antemão as informações, facilmente apagáveis, demonstra a ausência de expectativa razoável de privacidade. O fato de o celular ser protegido com senha em nada altera esse panorama; a ressalva se faz apenas quanto a eventuais mensagens não lidas (não visualizadas), pois se equiparam a cartas não abertas (cujo acesso depende de ordem judicial). O fato de a Polícia Judiciária acessar diretamente o dado não o torna público – permanece sigiloso e longe dos olhos de curiosos. O policial toma conhecimento da informação não por mero capricho, mas por obrigação constitucional e legal de apurar as infrações penais. Em se adotando essa posição, recomenda-se constar o horário da diligência no auto de apreensão, bem como desabilitar a conexão à *internet*, para que a Polícia Judiciária acesse apenas as mensagens pretéritas e não capte automaticamente as comunicações em tempo real (que dependem sempre de ordem judicial).

4.10 CARTA, AGENDA E LIXO

Com relação à carta, sabe-se que o sigilo de correspondência possui guarida constitucional (art. 5º, XII da CF).

Há quem defenda que a inviolabilidade da correspondência é absoluta.¹⁴⁵

¹⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 173.

¹⁴⁵ PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 218; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 123.

No entanto, prevalece a possibilidade de relativização do direito fundamental para permitir o acesso ao teor da carta, tendo em vista que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como salvo conduto da prática de crimes. Por isso mesmo admite-se a excepcional interceptação de correspondência dos presos pela Administração Penitenciária.¹⁴⁶

Nesse sentido, se a missiva estiver cerrada, pode ser acessada mediante autorização judicial.¹⁴⁷ Segue-se aqui o mesmo regramento do acesso a mensagens (dados telemáticos) armazenadas em equipamentos eletrônicos.

Se o envelope estiver aberto, deve ser tratado como um documento qualquer, não havendo que se falar em violação de correspondência, podendo os policiais acessar o conteúdo.¹⁴⁸

Quanto à encomenda, tendo em vista que transporta coisas e não pensamentos escritos, não é abrangida pelo segredo epistolar, cujo desiderato é salvaguardar a intimidade da pessoa.¹⁴⁹ Logo, mercadorias enviadas pelo serviço postal podem ser violadas diante de fundada suspeita.

Quanto á agenda, equipara-se à carta aberta, não existindo óbice para sua apreensão e análise, seja em decorrência de busca e apreensão domiciliar, seja por ocasião de prisão em flagrante.¹⁵⁰

No que se refere ao lixo, se ainda estiver dentro da propriedade, continua albergado pela inviolabilidade domiciliar, de modo que apenas com um mandado judicial é possível sua apreensão.

De outro lado, é passível de constrição se tiver sido descartado, e portanto estiver fora da casa. Ao jogar algo no lixo, a pessoa renuncia à propriedade, abandonando a coisa móvel. Quem deixa voluntariamente lixo para coleta pública retira a coisa da sua esfera de privacidade, não sendo razoável se exigir que a Polícia Judiciária feche os olhos à evidência que pode ser observada por qualquer pessoa.¹⁵¹ O lixo não atua como espaço de proteção aos olhos de terceiras pessoas.

Nessa situação, ainda que contenha elementos probatórios em princípio sigilosos, a exemplo de contas de telefone, extratos bancários e anotações pessoais, a prova será lícita

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 16/04/2013.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 6.719, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08/06/1998.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.537, Rel. Min. Edson Vidigal, DJe 02/04/2001.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 142.205, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2010.

¹⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, California v. Greenwood, DJ 11/01/1988.

porque o indivíduo abre mão da proteção no momento em que descarta o material para ser recolhido pelo serviço público de limpeza.

Podem alegar alguns que o indivíduo não tem como armazenar infinitamente as informações contidas em suportes físicos, e em algum momento precisa descartá-los. De fato criar lixo é uma necessidade, mas se a pessoa quiser manter a privacidade das informações, basta tomar precauções para impedir o acesso de terceiros (como rasurar, rasgar ou queimar um papel).

Se a autoridade pública pode acessar o material jogado no lixo no interesse da investigação criminal na busca de esclarecimento de fatos específicos, a obtenção da informação por particulares deve ser vista com maior cautela, vedando-se a inspeção reiterada do lixo por particular para saciar a curiosidade.

Importante grifar que essa sistemática não se aplica ao lixo eletrônico, pois o acesso a dados telemáticos demanda anterior autorização judicial, não importando se a informação digital está armazenada na interface de entrada do dispositivo ou em pasta de descarte.

4.11 VALORES EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Como visto, não se confundem busca e apreensão (medida cautelar probatória) com sequestro de bens móveis (medida cautelar patrimonial). A busca e apreensão se presta a localizar e apreender instrumentos e produtos do crime (art. 240, §1º, d e b), enquanto o sequestro visa a obter o proveito do crime (arts. 132 e 125 do CPP) ou bem ou valor equivalente (art. 91, §2º do CP). Em resumo, se a intenção do delegado de polícia for apreender objeto para provar a materialidade e autoria delitiva, utiliza a busca e apreensão. Já se a intenção for possibilitar a reparação da vítima, confisco do Estado e asfixia financeira do criminoso, emprega o sequestro. Ambas as medidas tornam possíveis a reparação do dano sofrido pela vítima e o confisco em prol da União (efeitos secundários de eventual condenação – art. 91, II, b do CP).

Portanto, caso o numerário ocultado em instituição bancária seja proveito do crime, o delegado de polícia deve manejar a representação por sequestro, para que o valor fique bloqueado à disposição da Justiça.

Já se o valor mantido no banco for produto do delito, a medida cautelar a ser efetivada é a busca e apreensão. Considerando que o local onde a instituição financeira armazena o dinheiro não é aberto ao público, insere-se no conceito de casa para fins penais e

processuais penais (art. 150, caput e §4º do CP e 246 do CPP). Logo, a diligência para bloqueio de numerários em instituição bancária consiste em busca e apreensão domiciliar, demandando ordem judicial, exceto se houver estado flagrancial, quando poderá ser efetivada por autoridade própria do delegado de polícia (art. 5º, XI da CF).

A mesma autorização do juiz possibilita não apenas a apreensão do numerário, mas a necessária quebra do sigilo bancário (art. 1º, §4º da Lei Complementar 105/01) para que informe o valor mantido no banco que passa a ficar congelado. Aplica-se a mesma lógica da busca e apreensão de aparelho que armazena dados digitais, em que o mandado judicial autoriza não somente a apreensão do equipamento, mas também o acesso às informações.¹⁵² Essa medida obviamente terá particularidades em relação à busca e apreensão domiciliar em residências e outros locais públicos e privados. Tanto porque não será preciso ficar procurando onde o dinheiro está escondido (já se sabe que está sob cautela da instituição bancária), quanto pois a Polícia Judiciária não levará o dinheiro para a delegacia de polícia, bastando que a conta fique bloqueada até ulterior destinação judicial.

Caso a autoridade de Polícia Judiciária se depare com situação flagrancial em que o dinheiro produto do crime esteja armazenado em instituição bancária, poderá realizar a busca e apreensão *sponte sua*, por autorização constitucional, determinando o bloqueio da conta e ficando a instituição financeira como depositária do numerário até que o Judiciário se pronuncie. Precisar de ordem judicial, no caso de flagrante, apenas se não dispuser desde logo dos dados bancários do suspeito, ocasião em que precisará de chancela judicial para quebrar o sigilo bancário e em seguida (simultaneamente ou não) bloquear o valor.

4.12 PRISÃO E CONDUÇÃO COERCITIVA

O mandado de busca e apreensão não é hábil, por si só, a efetivar a prisão. Não se deve fazer uma leitura literal e isolada do art. 240, §1º, a do CPP. Presentes os requisitos da prisão cautelar, deve ser expedido documento próprio, qual seja, mandado de prisão. Obviamente, se durante a execução da busca for encontrado objeto que evidencie a materialidade de crime permanente, admite-se a custódia flagrancial.

Outra discussão relativa ao mandado de prisão e a inviolabilidade domiciliar se refere à legitimidade da incursão por parte dos agentes do estado em domicílio alheio para

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 75.800, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 15/09/2016.

cumprimento de mandado de prisão. É necessário saber se o decreto prisional permite o ingresso na casa para realizar a custódia da pessoa.

De um lado, alguns sustentam que o mandado de prisão não autoriza, *de per se*, o ingresso em domicílio para efetuar a prisão, sendo preciso que conste expressamente na ordem judicial tal possibilidade. O art. 283, §2º do CPP exige que a prisão seja realizada com respeito às restrições relativa à inviolabilidade do domicílio, e o art. 243, §1º do CPP dispõe que se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. Tratando-se de dois direitos fundamentais distintos, a saber, liberdade de locomoção e inviolabilidade do domicílio, é preciso fundamentação expressa em relação a cada um deles.

De outro lado, parcela dos estudiosos sustenta que é ínsito ao mandado de prisão a possibilidade de ingresso em residência, durante o dia, caso o alvo lá esteja escondido. Nunca se sabe se a pessoa a ser presa será encontrada em via pública ou se estará homiziada numa casa. Essa possibilidade decorre do próprio art. 293 do CPP, que autoriza a entrada forçada na casa para concretizar a prisão. Nesse caso, a violação do domicílio consiste em *conditio sine qua non* para a realização da prisão. Apesar de a entrada na casa com a finalidade de prender o alvo não significar permissão para busca e apreensão no local, o fato é que a prova fortuitamente encontrada será válida, em razão da serendipidade.

De outra banda, a busca e apreensão domiciliar costumeiramente é realizada no início da fase externa do inquérito policial, com a deflagração da operação policial. Esse momento é possível após o desenvolvimento satisfatório da fase interna do procedimento policial, com a colheita de elementos investigativos mínimos, a exemplo de oitivas de vítimas e testemunhas e de relatórios policiais. De posse dos mandados, o delegado de polícia discricionariamente elege o melhor momento para seu cumprimento sob o ponto de vista do sucesso das diligências. Assim, na deflagração da etapa operacional da investigação policial, medida que tem se tornado cada vez mais comum, além da busca e apreensão domiciliar, é a condução coercitiva.

A condução coercitiva serve não só para realizar interrogatórios simultâneos (sem afastar o direito de permanecer em silêncio) a fim de impedir que diferentes investigados combinem versões com o intuito de burlar a Justiça, possibilitar o reconhecimento pessoal e concretizar a identificação criminal, mas também para evitar a ocultação ou destruição de objetos durante busca e apreensão domiciliar.

Cuida-se de medida cautelar híbrida, de natureza pessoal e probatória, que acarreta certo grau de restrição da liberdade do indivíduo e se dirige à obtenção de algum

elemento informativo ou probatório. Trata-se de medida autônoma, porquanto não depende de prévia intimação do conduzido, e procura preservar a higidez das fontes de prova.

Não afeta a inexigibilidade de autoincriminação, mas apenas materializa a teoria da perda de uma chance probatória, porquanto o Estado não pode se esquivar da incumbência de produzir material probatório sólido para demonstrar de forma robusta a materialidade e autoria delitivas.

Incide quando se vislumbra a necessidade de evitar um mal maior, pela possibilidade imediata de uma medida cautelar mais gravosa, a exemplo da prisão cautelar, aplicando-se em seu lugar outra medida com menor grau de coerção da liberdade de locomoção.

CONCLUSÃO

Considerando tudo quanto foi exposto, conclui-se que a busca e apreensão, em suas diversas modalidades, qualifica-se como um dos principais mecanismos persecutórios à disposição do Estado-Investigação. Dado o seu potencial mitigador de direitos fundamentais, em especial a intimidade e a propriedade, deve ser manejada com estrita observância à franquia de liberdades constitucionais, o que significa dizer que não é possível ignorar as exigências procedimentais ainda que sob justificativa utilitarista de busca da verdade.

É perfeitamente possível e desejável que o operador do Direito faça incidir na persecução criminal, especialmente quanto à busca e apreensão, os preceitos garantistas. Tais axiomas não se vinculam apenas ao Direito Penal, mas também ao Direito Processual Penal. Nesse sentido, além do rigoroso cumprimento dos preceitos estampados na legislação infraconstitucional, é necessário o integral respeito à franquia constitucional de liberdades.

Ao se perquirir as nuances da busca e apreensão, especialmente a domiciliar, fica fácil notar o Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, sempre respeitada a orientação principiológica deste modelo de Estado.

O estudo da busca e apreensão não pode ser feito dissociado da devida investigação criminal. Ao se concordar que a apuração criminal deve ser desvinculada de qualquer compromisso com a acusação ou a defesa, a outra conclusão não se chega senão que, mais do que fornecer subsídios à eventual ação penal (função preparatória), tem a importante missão de garantir direitos fundamentais e evitar acusações levianas (função preservadora).

A missão constitucional de apuração das infrações penais reclama o equilíbrio entre a atividade repressora do Estado-Investigação e os direitos fundamentais do investigado. Uma investigação preliminar que utilize seus diversos mecanismos persecutórios, em especial a busca e apreensão, sem fechar os olhos às garantias individuais do imputado, é aquela que serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime, protegendo o indivíduo contra uma repressão desmesurada do Estado e amparando igualmente a sociedade contra os ilícitos penais.

A busca e apreensão inequivocamente se qualifica como uma das principais medidas investigativas, repercutindo nos bens jurídicos mais caros ao cidadão, e por isso mesmo deve ser compreendida sob o viés de uma persecução criminal garantista.

Ainda que sem a pretensão de se atingir uma verdade perfeita ou construir verdades dogmáticas, o fato é que toda a argumentação desenvolvida permite a conclusão de

ser a Justiça um desafio, articulado a partir de um conceito em constante processo de desconstrução e reconstrução, principalmente no relacionado à intervenção processual penal do Estado de orgânica moldura democrática e social a caminhar para um Direito justo e uma sociedade com conflitos em escalada decrescente.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, 2004.
- BONATO, Gilson (Org.). Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 263. out. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2427, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/08/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 3441, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09/03/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 447, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 18/02/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 76.203, Rel. Min. Marco Aurelio, DJ 16/06/1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/12/1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 04/03/2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/08/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 84.679, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09/11/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08/06/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19/09/2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/11/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 98.814, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 23/06/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16/12/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/11/2008.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/09/99.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS 23.642, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/11/2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pet 5.173 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 11/10/2016
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl 24.473, Rel. Min. Dias Toffoli, pendente de julgamento.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 583.937, Rel. Min. Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19/11/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 16/04/2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 23/04/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 117.767, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 90/09/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 117.988, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 423.838, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 08/02/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.362.124, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 19/03/2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1154376, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 16/05/2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.537, Rel. Min. Edson Vidigal, DJe 02/04/2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.899, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 15.893, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 24/09/2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 51.586, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 05/05/2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 66.368, Rel. Min. Gilson Dipp, DP 29/06/2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 81.752, Rel. Min. Jane Silva, DJ 27/09/2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 131.836, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 142.205, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2010;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 149.008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/08/2010.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 151.530, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 18/05/2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 172.525, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe 28/06/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 210.746, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 26/06/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 214.049, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 05/02/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 20/09/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 227.799, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 282.096, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 24/04/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 247331, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/09/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 298.763, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 07/10/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 306.560, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/08/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 308019, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1574681, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 03/05/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 6.719, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08/06/1998.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 59.661, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 03/11/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 6.719, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08/06/1998.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 10.537, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 02/04/2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 67.379, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 20/10/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 75.800, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 15/09/2016.
- CAMBI, Eduardo. Direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação (nem tenetur se detegere). *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 11, jul.-dez. 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

- DANIEL, Roberto Francisco. O ser pessoa: a base ontológica do direito. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David. Efetivando direitos constitucionais. Bauru: Edite, p. 551-564, 2003.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. v. 1. São Paulo: Freitas Bastos, 1942.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.
- FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques (Coord). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quarter Latin, 2009.
- FERRANDÉZ, Samuel Rodríguez. Tópicos do direito penal da pós-modernidade e âmbito do rol crítico da doutrina especialista. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 26, jan.-jun. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo e GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coord.). Sigilo Fiscal e Bancário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. *Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*. v. 4. n. 6. jul-dez. 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____; CERVINI, Raúl. Interceptação Telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial. *Revista CEJ*, Brasília, n. 36, p. 14-22, jan./mar. 2007.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado da AASP*, n. 242, abr. 1994.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 2, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Inviolabilidade do domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, *California v. Greenwood*, DJ 11/01/1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, DJ 26/01/1920; U.S. Supreme Court, Nardone v. United States, DJ 11/11/1939.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, Wong Sun v. United States, DJ 14/01/1963.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HERNÁNDEZ, Ángel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.

HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Prisão em flagrante no domicílio possui limites*. Revista Consultor Jurídico, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Código penal brasileiro comentado*. v. 5. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1958.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Escher e Outros vs Brasil, Sentença de 06/07/2009.

PINTO, Ana Luísa. *Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal/iure, 1989.

RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica, 1997.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1993.

SANTANA, Isael José; MARTINS, Lisandra Moreira; JACOB, Muriel Amaral. Prova não prova. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 22, jan.-jul.. 2015.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 5, 2005.

_____. O Ministério Público na investigação criminal. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SILVA, Mariana Ventura Ribeiro. Prova moralmente legítima na busca pela verdade dos fatos: uma análise do instituto sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 21, jul.-dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e de insuficiência. *RBCCrim* 47/92-93, ano 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2004.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n. 97, marco/2005, p.180.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Instituições de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Processo penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.