

**MARIANNE SÍLVIA BARBOSA XAVIER**

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO  
DOMICÍLIO E A BUSCA E APREENSÃO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos**

**Co-orientador: Prof. Rodrigo Muniz Santos**

**CURITIBA**


**2004**

## TERMO DE APROVAÇÃO

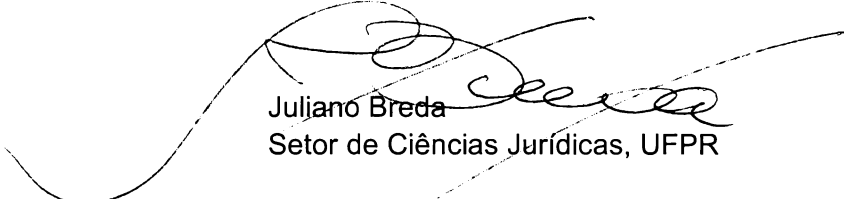
MARIANNE SÍLVIA BARBOSA XAVIER

### A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A BUSCA E APREENSÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:   
Prof. Rodrigo Muniz Santos  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

  
Prof. Dr. René Ariel Dotti  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

  
Juliano Breda  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 26 de outubro de 2004.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iv
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA</b> .....	3
1.1 NOÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À INTIMIDADE .....	3
1.2 A INTIMIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE .....	4
1.3 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA .....	6
1.4 A TUTELA DA INTIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	8
<b>2 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO</b> .....	11
2.1 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	11
2.2 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	12
2.3 EFICÁCIA DA NORMA DEFINIDORA DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO .....	14
2.4 NOÇÃO DE DOMICÍLIO E A COMPREENSÃO DO TERMO CASA .....	16
2.5 EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E A BUSCA E APREENSÃO .....	21
<b>3 A BUSCA E APREENSÃO NO CPP</b> .....	24
<b>4 BUSCA</b> .....	26
4.1 MODALIDADES DE BUSCA .....	29
4.1.1 Busca Domiciliar .....	30
4.1.2 Busca em Lugar Resguardado pelo Segredo .....	34
4.1.3 Busca Pessoal .....	35
4.1.4 Busca em Veículos .....	37
4.1.5 Busca em Estabelecimento Comercial .....	37
4.1.6 Busca em Locais Públicos .....	38
4.2 INSTRUMENTALIZAÇÃO .....	39
4.2.1 Momento .....	40
4.2.2 Iniciativa .....	40
4.2.3 Conteúdo do Mandado .....	41
4.2.4 Horário da Busca .....	42
4.2.5 Procedimento da Execução da Busca .....	44
<b>5 APREENSÃO</b> .....	48
<b>6 BUSCA E APREENSÃO E AS PROVAS ILÍCITAS</b> .....	51
6.1 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE .....	53
6.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO .....	54
6.3 CONSEQÜÊNCIAS DA VALORAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS .....	55
<b>CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## RESUMO

O processo penal busca conciliar o poder-dever do Estado em punir as infrações penais ao mesmo tempo em que resguarda a liberdade individual. A busca e a apreensão, como finalidade do processo, estão limitadas pelos direitos e garantias fundamentais. Assim, a legalidade das buscas está determinada pelo respeito à intimidade e à vida privada das pessoas, pela proteção da integridade física e moral do indivíduo e pela garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio. As formalidades do processo são essenciais para a realização dos direitos e garantias constitucionais, entretanto, o Código de Processo Penal, no tocante à matéria da busca e da apreensão não é de boa técnica, tratando de forma una e inseparável os dois institutos, além de situá-los no Título destinado às provas.

## INTRODUÇÃO

A busca e apreensão será estudada em consonância com a Constituição, pois em um Estado de Direito, a verdade tem que ser válida e processualmente admissível. É inconcebível admitir-se o processo penal em desconformidade com os princípios e preceitos da Constituição.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover escreve: “O Estado de Direito tornou obrigatória a aplicação do direito penal pelas vias processuais, para melhor garantir a defesa do acusado e tutelar, assim, eficazmente, seu *ius libertatis*, vias processuais estas, que devem adequar-se aos preceitos garantidores da constituição”<sup>1</sup>.

A busca e a apreensão serão abordadas, no presente trabalho, sob a ótica dos direitos e garantias do indivíduo consagrados na Constituição de 1988, uma vez que a legalidade da busca domiciliar está no respeito à garantia da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI, da CF), enquanto a busca pessoal está sujeita à tutela da integridade física e moral do indivíduo (art. 5º, III, da CF), sendo que as duas modalidades de busca também estão pautadas na proteção da intimidade e vida privada (art. 5º, X, da CF). Ademais, como o instituto é regulado no Título que trata da prova no Código de Processo Penal, também está limitado pela disposição constitucional que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos no processo (art. 5º, LVI, da CF).

A legalidade da busca e apreensão à luz da Constituição importa na medida em que, atualmente, como forma de reprimir a crescente criminalidade, ou até para atender interesses da mídia e, ainda, ao apelo popular, buscas e apreensões ilegais são realizadas, ofendendo os direitos e garantias dos cidadãos, em especial, a inviolabilidade do domicílio, que é uma das manifestações da proteção da intimidade e da vida privada.

Como assevera Cleunice A. V. Bastos Pitombo: “A aplicação da lei penal, algumas vezes, acaba frustrada, em razão do descuido na realização da busca e da apreensão, daquilo que, efetivamente, importa à persecução penal. Outras vezes, prejudica-se o acusado, porque os agentes aprensores ignoram o que se deve

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas, 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 16.

procurar para descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu (art. 240, § 1º, letra e, do CPP)".<sup>2</sup>

Assim, a busca e apreensão serão estudadas dentro da finalidade do processo penal, que deve ser entendido como instrumento da persecução do réu mas também como garantia do acusado. Isso porque a lei processual penal é uma das formas de efetivação dos direitos postos na Constituição do Brasil.

Nesse intento, a monografia foi dividida em seis capítulos. O primeiro deles trata do direito à intimidade como direito de personalidade e sua tutela no ordenamento jurídico. No segundo capítulo, estuda-se a inviolabilidade de domicílio como uma das garantias do direito à intimidade, relacionando as suas exceções constitucionais à busca e apreensão. O terceiro capítulo aborda o tratamento reservado à busca e à apreensão no Código de Processo Penal, distinguindo os institutos. O quarto capítulo trata da busca, das suas modalidades, bem como das formalidades existentes no Código para o seu procedimento. O quinto capítulo é destinado à apreensão decorrente da busca profícua. Por fim, o sexto capítulo destina-se ao problema das provas obtidas com violação às regras processuais ou com inobservância aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, bem como às conseqüências da valoração pelo juiz de provas ilícitas obtidas em decorrência de buscas e apreensões ilegais.

<sup>2</sup> PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 16.

## 1 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

### 1.1 NOÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À INTIMIDADE

A questão da tutela da intimidade e vida privada está relacionada à tutela da personalidade. Foi a partir do estudo da personalidade, desenvolvido sobretudo no século XIX, que a intimidade passou a fazer parte da preocupação dos juristas<sup>3</sup>.

Inicialmente, quando a intimidade não era ainda protegida por leis, era entendida como projeção da propriedade. A tutela da intimidade estava implícita nos poderes absolutos do proprietário, de tal sorte que a tutela do domínio estendia-se ao seu titular e à sua vida privada, na medida em que esta decorresse dentro de uma propriedade<sup>4</sup>.

Antes do século XIX há apenas referências episódicas à vida privada, como o caso *I. de S. et ux. v. W. de S.*, ocorrido em 1348, em que se discute se a sentença considerou a proteção da inviolabilidade da pessoa e sua tranqüilidade moral ou reconheceu, pela primeira vez, o direito à intimidade, apesar do julgamento não se referir propriamente à proteção da vida privada<sup>5</sup>.

Porém, considera-se como o ponto de partida do estudo da intimidade, a publicação do artigo *The Right to Privacy*, dos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, em 1890, no qual foi expressa a necessidade do reconhecimento legal do direito de estar só, da utilização de certos remédios da *commom law* e da *equity* para a tutela da intimidade e dos limites legais de tal direito<sup>6</sup>.

Durante o século XX, com o desenvolvimento da imprensa, a crescente concentração urbana, as inovações científicas e o progresso tecnológico, além da

<sup>3</sup> FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.12.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 14-15. Nesse caso, o réu foi numa noite na taverna dos autores para comprar vinho, mas encontrando a porta fechada começou a batê-la com uma machadinha. A autora foi à janela e pediu-lhe que parasse. Não se sabe ao certo o que ocorreu em seguida, pois o julgamento está escrito em francês antigo e pode ser interpretado de várias maneiras. Não se esclarece se o réu tentou ferir a mulher ou se continuou a bater na porta. Assim, foram impostos ao réu perdas e danos, porque havia praticado um *mal*, embora a autora não tivesse sido atingida.

jurisprudência e da doutrina, as legislações passaram a fazer referência ao direito à intimidade e vida privada, tanto é que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada, em 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, abarcou a tutela da intimidade, dispondo em seu art. 12 que “ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem de ataques à sua honra e ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

## 1.2 A INTIMIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade são os direitos essenciais do indivíduo. Seriam os direitos inatos dos homens, existentes pelo simples fato do nascimento; absolutos, porque oponíveis *erga omnes*; imprescritíveis, marcados pelas características da intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade. “Construídos para oposição não só aos pleitos estatais, mas também em face das outras pessoas, estes direitos tutelam, em síntese, a liberdade de desenvolvimento do ser humano.”<sup>7</sup>

Entre os direitos de personalidade, temos, então, o direito à vida privada e à intimidade. Nas palavras de Luciana Fregadolli:

O enquadramento do direito à intimidade como direito da personalidade fica evidente quando notamos o caráter essencial de ambos, representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana.

As características que identificam os direitos de personalidade determinam, igualmente, o direito à intimidade, pois são ambos pessoais, extrapatrimoniais, inalienáveis, absolutos, imprescritíveis. E se trata, ainda, de direitos postos e garantidos pelo Estado.<sup>8</sup>

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos que são atributos da personalidade humana, ligados à essência do indivíduo, assim como os direitos à

<sup>6</sup> Ibid., p. 20-23. Esses autores entendiam que a tutela concedida aos pensamentos, sentimentos e emoções expressos pela escrita ou pelas artes era um exemplo da abrangência do princípio mais geral do direito de estar só.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e da intimidade**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 220. Cadernos 1.

<sup>8</sup> FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 39.



vida, integridade física, à liberdade de pensamento, de expressão, de culto, ao sigilo, à identidade pessoal, à honra e às criações intelectuais.

No entanto, apesar de o direito à intimidade e o da vida privada serem considerados direitos de personalidade, tendo em vista suas características comuns, há certas características que particularizam o direito à vida privada dentre os direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade são absolutos, todavia, o direito à vida privada nem sempre é absoluto, pois pode sofrer limitações em face de outros interesses público-sociais, como saúde, informações de relevância histórica, segurança pública, etc.

A intransmissibilidade, indisponibilidade e extrapatrimonialidade devem ser consideradas levando-se em conta a natureza do objeto tutelado, pois se for a integridade moral o bem jurídico a ser protegido, tais características não podem ser afastadas do direito à vida privada, porém, se não houver ofensa à integridade moral do indivíduo, podem ser mitigadas segundo as circunstâncias do caso concreto.

Essa mitigação não pode de maneira alguma significar cerceamento da liberdade da pessoa ou sacrifício de sua personalidade, de modo que “a indisponibilidade é a regra, sendo os casos de consentimento a exceção. Este, por sinal, para ser válido precisa ser específico e trazer em si, os fins aos quais está vinculado. Ademais, ele não pode ser estendido *ad eternitatem*, podendo ser, a qualquer momento, revogado.”<sup>9</sup>

Os direitos à intimidade e à vida privada são extrapatrimoniais, sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária, pois não possuem conteúdo econômico. No entanto, em caso de violação a esses direitos, nada impede que haja uma reparação pecuniária, uma indenização por danos morais e materiais.

Portanto, o direito à vida privada possui um regime que lhe é próprio, sendo delimitado pelos princípios do direito à diferença e o de manter exclusividade nas escolhas das opções pessoais<sup>10</sup>.

O princípio do direito à diferença rege a esfera da vida privada, traçando as especificidades de cada indivíduo frente aos demais. Tal princípio permite a hetero-

<sup>9</sup> MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Ed. de Direito 1996. p. 67-68.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 71-75.

geneidade das pessoas, pois garante a singularidade imanente a cada ser humano, bem como permite a aceitação das diferenças. Atualmente, com a massificação da cultura determinada pelos modernos meios de comunicação, bem como pela progressiva automação, esse princípio é de grande relevância na preservação da individualidade do ser humano.

O princípio de manter exclusividade das opções pessoais existe na esfera da vida íntima dos indivíduos, no qual estão os sentimentos mais profundos do indivíduo, ou seja, é o espaço que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão sobre outras pessoas, bem como na esfera da vida privada das pessoas, na qual se dão as escolhas pessoais tendo em vista as relações de convivência social, como as relações de amizade, mas, mesmo referindo-se a outras pessoas, não afetam direito de terceiros. Esse princípio permite ao indivíduo preservar sua identidade frente à pressão massificadora da sociedade e à impositividade do poder político.

Ambos os princípios devem nortear a interpretação das normas pertinentes à proteção da vida privada. Logo, esses princípios “permitem afirmar que a privacidade de um indivíduo encontra seus limites não só na privacidade de outro indivíduo, mas também na necessidade de garantir-se a pluralidade intersubjetiva do espaço público.”<sup>11</sup>

### 1.3 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A Constituição Federal do Brasil de 1988 positivou os direitos de personalidade de proteção à intimidade e vida privada dentro do rol de direitos fundamentais do indivíduo, em seu art. 5, inciso X, que dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Nota-se que neste dispositivo também são declaradas invioláveis a honra e a imagem das pessoas. Apesar de também serem direitos de personalidade, não se confundem com os conceitos de intimidade e vida privada. A honra manifesta a dignidade da pessoa humana, a sua reputação, as suas qualidades, de modo que todo indivíduo tem o direito de resguardá-la contra ofensas e até mesmo de

verdades. Esse resguardo adentra no campo da vida privada. Já a imagem das pessoas configura um direito físico dentro do rol dos direitos de personalidade, sendo uma reserva pessoal do aspecto físico, protegendo o indivíduo de ter sua imagem exposta sem o seu consentimento. Logo, o direito à honra e à imagem, apesar da sua proximidade com o direito à vida privada e à intimidade, possui características próprias e tem regime diferente.

José Afonso da Silva<sup>12</sup> utiliza o termo direito à privacidade para expressar de modo genérico e amplo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional consagrou neste inciso X do art. 5º. No entanto, aduz que apesar do direito à intimidade ser quase sempre considerado sinônimo de direito à privacidade ou de vida privada, existe distinção entre intimidade e vida privada. Isso porque a conceituação de intimidade e vida privada, a partir do texto constitucional, não é fácil, bem como a fronteira que os delimita não é tão clara, já que ambos os vocábulos, usados em sentido amplo, são análogos.

Segundo René Ariel Dotti<sup>13</sup>, os conceitos de intimidade e vida privada não coincidem, de modo que a intimidade é menos ampla e diferente da vida privada. A intimidade seria um círculo concêntrico de menor raio que a vida privada, sendo o limite onde acaba o raio referente à intimidade e onde o da vida privada continua somente aferível pela jurisprudência, ou seja, no caso concreto. Assim, a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”<sup>14</sup>. Nesse sentido, a intimidade abrange a inviolabilidade de domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional.

Segundo Rosângelo de Rodrigues Miranda<sup>15</sup>, a vida privada é marcada por fenômenos caracterizados por se repetirem cotidianamente, sem que pessoas estranhas ao meio em que acontecem venham a conhecê-los, pelo titular da vida privada não desejar que outros saibam desses fatos, bem como pelo fato de que se tais fenômenos forem conhecidos por outros alheios à relação de convivência, uma turbção moral ou um prejuízo material será provocado nos direitos do titular. A

<sup>11</sup> MIRANDA, op. cit., p. 75.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 202.

<sup>13</sup> DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 68.

<sup>14</sup> Ibid., p. 69.

tutela da vida privada busca resguardar o segredo e a liberdade da vida privada, sendo esta condição daquela. Se a liberdade da vida privada for perturbada por terceiros, através da divulgação ou da investigação de fatos relevantes da vida pessoal e familiar ao público, o segredo da vida privada restará prejudicado.

Assim, enquanto a intimidade refere-se ao direito de estar só, é o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, “é um valor e cada indivíduo guarda-lhe a medida, no encontro de si mesmo, ainda que imerso no mundo interior do próprio organismo, ou no exterior, ou dos outros”<sup>15</sup>, a vida privada demarca a individualidade em face dos outros, refere-se à proteção de formas exclusivas de convivência, nas relações do indivíduo com seus familiares e amigos, nas quais a comunicação é inevitável. Na intimidade, portanto, privilegia-se a autoconsciência. Na vida privada, a convivência.

#### 1.4 A TUTELA DA INTIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Temos, então, que a intimidade está contida no conceito de vida privada, sendo protegida mesmo perante pessoas que participam da esfera de vida privada do indivíduo. A distinção dos conceitos serviu para tornar mais ampla a proteção do indivíduo, de modo que na Constituição restaram protegidos tanto o direito à intimidade quanto o direito à vida privada. Assim, a tutela da intimidade e vida privada se dá no sistema jurídico através da proteção contra danos morais decorrentes da sua violação, da previsão dos crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), da garantia da inviolabilidade de domicílio, do sigilo epistolar, das comunicações telefônicas, de dados, além da previsão do tipo penal de violação de domicílio, dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência, dos segredos e do segredo profissional.

Como vimos, o direito à intimidade foi tutelado expressamente no art. 5º, X, da Constituição Federal. Porém, numa análise das Constituições anteriores, percebe-se que a intimidade não era tutelada de forma explícita, apesar de sempre ter estado presente implicitamente nas Constituições através da proteção genérica a outros direitos de personalidade e pela presença das garantias da inviolabilidade de

<sup>15</sup> MIRANDA, op. cit., p. 80-81.

<sup>16</sup> PITOMBO, op. cit., p. 75.

domicílio e do sigilo de correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas.

A tutela da intimidade, num sentido amplo, contempla o direito do indivíduo de se proteger das ingerências na sua vida interior, familiar e doméstica, garantindo-lhe a inviolabilidade do domicílio, bem como dos ataques à sua integridade física e moral, à sua honra, da divulgação dos fatos atinentes à sua vida privada, da utilização do seu nome e imagem. Impede a espionagem, vigia e escuta, que importem na violação do sigilo profissional, dos sigilos de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas.

Verifica-se que o direito à intimidade está conexo a outros direitos fundamentais previstos na Carta Magna, resguardando ao indivíduo uma esfera de exclusividade e auto-determinação.

Além do direito à intimidade, a Constituição Federal também assegura aos indivíduos a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), do sigilo de correspondência, de dados e comunicações (art. 5º, XII). São garantias ao direito à intimidade e à vida privada, mas ao mesmo tempo são direitos, ainda que instrumentais, e, portanto, devem ser interpretadas em conjunto com a disposição que prevê a inviolabilidade da intimidade e vida privada<sup>17</sup>.

As garantias constitucionais conferem aos titulares dos direitos fundamentais meios para que esses direitos sejam respeitados e observados, “são prescrições do Direito Constitucional positivo (ou seja, das constituições rígidas) que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial.”<sup>18</sup>

A Constituição quando dispõe que a casa é asilo inviolável do indivíduo, além de proteger a intimidade, também está reconhecendo a liberdade de domicílio, no sentido de que a pessoa tem o direito de escolher onde quer morar, bem como tem o direito de mudar o seu asilo quando e para onde lhe convier. A proteção da casa importa na proteção da intimidade e vida privada, pois no recesso da casa, o indivíduo, isolado ou com sua família, mantém a sua esfera de vida íntima e privada, sem a intromissão de pessoas estranhas.

<sup>17</sup> “As garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas direitos instrumentais, porque destinados a tutelar um direito principal.” (SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 397.)

O sigilo da correspondência importa no reconhecimento do direito à expressão, à comunicação, ressaltando-se que a Constituição Federal assegura o direito à liberdade na manifestação do pensamento (art. 5º, IV). Todavia, ao se garantir o sigilo da correspondência está se protegendo à intimidade, de modo que os segredos pessoais estão protegidos das indiscrições alheias, já que o conhecimento do conteúdo de uma correspondência importa apenas aos correspondentes. Essa inviolabilidade abrange as cartas, os documentos e escritos particulares, isto é, manifestações da intimidade. A inviolabilidade da correspondência também é tutelada no Código Penal, através dos tipos penais previstos nos artigos 151 e 152.

O sigilo das comunicações pessoais, no tocante às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, explicita uma das formas de expressão do direito à intimidade ao mesmo tempo em que abrange a liberdade na manifestação de pensamento. Através dessa garantia tutela-se a vida privada, pois o sigilo permite que o indivíduo possa manter segredo sobre as suas comunicações privadas, sobre os dados referentes à sua vida particular.

O segredo profissional significa que aquele que tomou conhecimento do segredo de uma pessoa em razão da sua profissão, quando no exercício da suas funções, deve guardá-lo com fidelidade. Trata-se de uma garantia assecuratória do direito à intimidade, uma vez que “o titular do segredo é protegido, no caso, pelo direito à intimidade, pois o profissional, médico, advogado e também o padre-confessor (por outros fundamentos), não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais.”<sup>19</sup>

Portanto, a atividade de persecução penal encontra limites nos direitos e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo no art. 5º da Constituição Federal, de modo que as regras processuais devem ser interpretadas e aplicadas sem ofender os direitos fundamentais básicos, como o direito à intimidade e integridade pessoal.

<sup>18</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 393.

<sup>19</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 203.

## 2 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

### 2.1 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A casa pode ser considerada uma das primeiras manifestações de civilidade que marcaram a passagem do nomadismo para o sedentarismo. Sua proteção se deu de formas variadas, conforme a época e lugar, sendo certo afirmar que a casa passou a ser tutelada nas Constituições como asilo inviolável do indivíduo, em virtude dos abusos cometidos pelos Estados absolutistas.

A inviolabilidade de domicílio está assegurada no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, inciso XI, que dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

Assim, durante a noite, a entrada em casa alheia somente é permitida sem o consentimento do morador nas hipóteses de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, enquanto que, durante o dia, além dessas hipóteses, também por determinação judicial. Logo, “só mesmo nos casos em que a própria Constituição Federal ressalva, ela é permitida, até porque a relevância das situações (flagrante delito, desastre ou necessidade de prestação de socorro) importa sua prevalência sobre a privacidade tutelada.”<sup>20</sup>

O flagrante delito refere-se à prática atual de um crime ou contravenção, de maneira que se na casa estiver ocorrendo um delito, a invasão se torna lícita. A entrada em casa alheia também é lícita se o delito foi praticado fora da casa, mas o autor perseguido pela polícia, sem que esta tenha perdido contato com o criminoso, refugiar-se em casa. Ressalte-se que a situação de flagrância não pode ser quebrada; se isso ocorrer, a permissão constitucional para a invasão desaparece.

Quanto ao desastre, deve ser um acidente de grandes proporções, como incêndio ou inundação, que ponha em perigo a vida dos moradores da casa.

<sup>20</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 424.

A hipótese da prestação de socorro foi recepcionada pelo texto constitucional, uma vez que alguém pode necessitar de socorro sem que tenha ocorrido algum desastre. Todavia, é preciso que alguém esteja correndo sério risco e que a pessoa sozinha não possa pedir ajuda.

A determinação judicial, durante o dia, para entrada em casa alheia sem o consentimento do morador, comporta uma chamada reserva jurisdicional<sup>21</sup>. É o juiz que analisará, no caso concreto, se é preciso a invasão domiciliar. Nota-se que foi impossibilitada a invasão domiciliar por decisão administrativa. Uma das hipóteses de entrada em casa alheia sem o consentimento do morador, por determinação judicial, durante o dia, refere-se aos casos em for necessária a efetuação da busca e apreensão, objeto deste trabalho e que será analisada mais profundamente em outro capítulo.

## 2.2 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A classificação da inviolabilidade no quadro de direitos e garantias fundamentais é complicada, face às inúmeras classificações adotadas pelos autores, que usam os mais variados critérios, e também pelo fato de não existir uma uniformidade no tratamento dos direitos fundamentais, que são designados como direitos naturais, direitos humanos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, etc.

Para José Afonso da Silva<sup>22</sup>, a classificação dos direitos fundamentais deve ser conforme o Direito Positivo, da forma em que esses direitos se posicionam no ordenamento jurídico. Assim, os direitos individuais, situados no art. 5º da Constituição Federal, subdividem-se em direito à vida, direito à intimidade, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade. Já as garantias constitucionais individuais compreendem o princípio da legalidade, o princípio da proteção

<sup>21</sup> “Vige atualmente o que pode ser tido como reserva jurisdicional. É portanto o magistrado que analisará se se está diante ou não de caso que comporte invasão. Ele o fará dentro de uma ampla discricionariedade que a Constituição lhe confere.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2, p. 68.)

<sup>22</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 171-186, 392-398.



judiciária, a estabilidade dos direitos subjetivos, o direito à segurança (segurança jurídica) e os remédios constitucionais.

Na lição de Ruy Barbosa<sup>23</sup>, que realizou um confronto entre direitos e garantias constitucionais, os direitos são instituídos por disposições declaratórias, enquanto as garantias são reconhecidas por disposições assecuratórias, uma vez que são postas em defesa dos direitos, limitando o poder, sendo perfeitamente possível, numa mesma disposição constitucional, a fixação da garantia e a declaração do direito.

José Afonso da Silva<sup>24</sup>, atualizando a lição de Ruy Barbosa, acrescenta que, em muitos casos, o direito fundamental está implícito numa norma de garantia. Assim, quanto ao inciso XI do art. 5º da Constituição de 1988, o direito estaria na declaração de que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” e a garantia estaria expressa em “ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Neste dispositivo, então, está consagrado o direito à intimidade, ao recesso do lar.

Na classificação de José Afonso da Silva, a inviolabilidade de domicílio é uma das manifestações da inviolabilidade do direito à segurança prevista no caput do art. 5º, da CF. Segundo o autor:

(...) o caput do art. 5º fala em inviolabilidade do direito (...) à segurança, o que não impede seja ele considerado um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança. Efetivamente esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral).<sup>25</sup>

A cláusula da inviolabilidade de domicílio, portanto, expressa o direito à liberdade de domicílio, bem como a garantia desse direito.

<sup>23</sup> BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática** (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), Petrópolis, Vozes, 1978, apud SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 393.

<sup>24</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 393-395.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 415-416.

Afirmava-se que a proteção da casa tinha como finalidade a proteção da propriedade<sup>26</sup>, da segurança individual<sup>27</sup>, todavia, essa concepção foi superada. Hoje, entende-se que a tutela da casa está ligada à intimidade, à vida privada. Tem-se, então, que “a inviolabilidade de domicílio visa a proteger a intimidade do homem. Busca-lhe um espaço reservado, proibindo as intromissões dos outros homens e do próprio Estado. Garante-lhe, pois, a base necessária para o desenvolvimento de sua personalidade”.<sup>28</sup>

Logo, a inviolabilidade de domicílio é uma garantia ao direito à intimidade, protege o local onde as pessoas convivem reservadamente, em que o indivíduo exerce o seu direito de exclusividade em relação a todos, não permitindo a intromissão de quem quer que seja no ambiente em que se manifesta a vida privada, a esfera mais íntima do indivíduo.

A inviolabilidade de domicílio é assegurada a todos os indivíduos, seja brasileiro ou estrangeiro, mesmo que não residente no país. Ressalte-se que o protegido é o morador, sendo a casa apenas o espaço respeitado em função da garantia dada ao sujeito, seja pessoa física ou pessoa jurídica, já que “se a pessoa jurídica é uma decorrência necessária do indivíduo, despojar de garantia os direitos das pessoas jurídicas equivaleria a desproteger os direitos das pessoas físicas.”<sup>29</sup>

### 2.3 EFICÁCIA DA NORMA DEFINIDORA DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Os limites materiais da reforma constitucional são caracterizados por normas que não podem ser mudadas ou extintas. São cláusulas pétreas, responsáveis por proteger os direitos fundamentais e, dessa forma, garantir um Estado Social Democrático de Direito. A Constituição Federal, conforme art 60, § 4º, estabeleceu que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo constituem cláusula pétrea,

<sup>26</sup> JACQUES Paulino. **A Constituição do Brasil explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 1967 e 1969, p. 218, apud PITOMBO, op. cit., p. 79.

<sup>27</sup> BARBALHO, João. **Constituição federal brasileira: comentários**. 2. ed. cor. e aum.. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924, p. 318, apud PITOMBO, op. cit., p. 79.

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 36.

<sup>29</sup> GROTTI, Dinorá A Musetti. **Inviolabilidade de domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 104.

não podendo ser objeto de deliberação a proposta tendente a suprimi-los. Logo, a norma que prevê a inviolabilidade de domicílio não pode sofrer alteração ou redução. Dispôs, ainda, no art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Segundo José Afonso da Silva, “a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo”<sup>30</sup>. Classifica as normas constitucionais, segundo a sua eficácia, em: normas de eficácia plena, cuja aplicabilidade é direta, imediata e integral; de eficácia contida, cuja aplicação é direta, imediata e não integral; e de eficácia limitada<sup>31</sup>. Dentro desta classificação, a inviolabilidade de domicílio é norma de eficácia plena, de aplicação direta e imediata, porque contém todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta, definindo com precisão qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse regulado na norma.<sup>32</sup>

Já na classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito<sup>33</sup>, as normas constitucionais são normas de mera aplicação, as quais se subdividem em normas regulamentáveis e irregulamentáveis, e normas de integração, as quais se subdividem em normas completáveis e restringíveis. A norma prevista no art. 5º, XI, da CF, é classificada em norma de mera aplicação regulamentável, e, portanto, de eficácia plena, apta a produzir os efeitos jurídicos essenciais pretendidos pelo legislador constituinte, mesmo que admita que legislação ordinária a regule, a fim de tornar a norma constitucional mais funcional em sua aplicação<sup>34</sup>. Assim,

<sup>30</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 178.

<sup>31</sup> SILVA, **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 58-63. As normas de mera aplicação são prontas e acabadas, quanto ao modo de regulação da matéria de que se nutre, e, portanto, de plena eficácia. Já nas normas de integração, a regulação dos fatos e comportamentos se inicia na Constituição mas não se exaure nela, podendo existir legislação infraconstitucional complementando ou reduzindo o espaço normativo originário.

<sup>34</sup> GROTTI, *op. cit.*, p. 83-84.

(...) embora tal dispositivo seja por si mesmo operante, porque íntegro e cheio quanto à matéria regulada, inclusive quanto à indicação do conteúdo do direito, nada impede que lei comum venha precisar dados constantes da norma constitucional – até porque não necessários em si à existência do direito – e que se revelem úteis à sua implementação. Assim, por ex., a estatuição do formalismo ou informalismo processual para determinação judicial, o *iter* da tramitação burocrática do pedido necessário à obtenção da autorização judicial<sup>35</sup>.

Logo, segundo o pensamento de Dinorá Grotti<sup>36</sup>, qualquer que seja a classificação adotada, a previsão constante no art. 5º, XI, da Constituição Federal, é uma norma de eficácia plena e de aplicação imediata.

## 2.4 NOÇÃO DE DOMICÍLIO E COMPREENSÃO DO TERMO CASA

A inviolabilidade de domicílio é expressão reconhecida tradicionalmente na doutrina, todavia, a expressão casa, adotada pela Constituição de 1988, é mais técnica, uma vez que diz mais que domicílio, não se confundindo com esse conceito jurídico. Todavia, não traz a definição do termo casa, cabendo ao intérprete compreender a abrangência de tal termo.

A expressão domicílio possui significações diferentes no âmbito civil, penal e constitucional.

No âmbito do Direito Civil, o Código Civil de 2002 estabelece que o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ele estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70). Apresenta um elemento objetivo, que é a fixação da pessoa em determinado lugar, e um elemento subjetivo, que é a intenção de permanecer no local com ânimo definitivo.

O Código Civil define, ainda, o domicílio plural, para os casos em que a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva ou vários centros de ocupações habituais, quando será considerado domicílio qualquer destes ou daquelas (arts. 71 e 72). Define também como domicílio o lugar onde o indivíduo for encontrado, caso não tenha residência habitual, ou empregar a vida em viagens, sem ponto central de negócios (art. 73).

<sup>35</sup> GROTTI, op. cit., p. 84.

<sup>36</sup> Id.

O domicílio distingue-se de residência ou habitação, sendo um conceito jurídico. É o local onde a pessoa pratica habitualmente seus negócios e atos jurídicos, onde se presume presente para efeitos de direito. O domicílio expressa uma relação existente entre a pessoa e a sua sede jurídica.

A residência é o lugar que a pessoa habita com intenção de permanência, enquanto que na habitação ou moradia há apenas uma relação de fato, de caráter transitório, sendo o local que a pessoa ocupa, sem o ânimo de ficar.

No entanto, a noção de domicílio do Direito Civil não serve para caracterizar constitucionalmente a inviolabilidade de domicílio, nem para a compreensão do termo casa, resguardado na Constituição.

Em Direito Penal, a casa é definida no artigo 150 do Código Penal, que prevê o crime de violação de domicílio. Assim, esse artigo dispõe: “art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 4º A expressão “casa” compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º Não se compreendem na expressão “casa”

I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

Assim, a noção de domicílio em Direito Penal é mais ampla, mesmo porque, apesar do Código usar a expressão violação de domicílio para definir o tipo penal previsto no art. 150, a própria redação deste artigo refere-se ao termo casa, de modo que não só o domicílio é tutelado, mas todo local habitado ou em que a pessoa exerça atividade privada.

Logo, casa, para fins penais, é lugar onde se desenvolve a atividade familiar ou doméstica, podendo ser edifício, construção, ou até mesmo cabinas de caminhões, trens, navios, nos quais haja local próprio para a permanência do morador, bem como trailers, maloca, barraca, gruta com morador, ou seja, qualquer compartimento habitado.

“Casa é também o aposento ocupado de habitação coletiva: trata-se do cômodo onde a pessoa mora, em prédio destinado a vários ocupantes”<sup>37</sup>, é o quarto de um hotel, de uma pensão.

Está compreendido no conceito de casa, ainda, o compartimento fechado ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, isto é, é o local onde a pessoa desenvolve seus negócios, como o escritório de um advogado, de um comerciante, o consultório de um médico ou dentista, o laboratório do farmacêutico, os quais, apesar de possuírem uma área aberta ao público, possuem os espaços fechados destinados especificamente ao exercício da atividade ou profissão, que são tutelados pela lei penal. Logo, o compartimento aberto ao público, tais como, museu, cinema, bar, loja, etc., não está compreendido no termo casa.

No conceito de casa, também estão as suas dependências, aqueles lugares complementares à moradia, como os pátios, adegas, garagens, jardins, quintais, que por mais que não estejam ligados fisicamente à casa, devem avizinhar-se e estar conexas à moradia, sendo necessárias à vida doméstica ou às atividades desenvolvidas na casa.

No crime de violação de domicílio, é preciso que a casa seja habitada, entretanto, não é necessário que seus moradores estejam presentes. Logo, é considerada habitada a casa que alguém possui numa estação balneária, mesmo que lá não permaneça durante a maioria dos dias do ano.

Além disso, o Código Penal define aquilo que não está compreendido no conceito de casa, como a hospedaria, estalagem, ou qualquer habitação coletiva aberta ao público. Contudo, são invioláveis os quartos ocupados pelos hóspedes, bem como as áreas comuns, sendo nessa última hipótese somente se a hospedaria, estalagem ou habitação coletiva estiver fechada.

A taverna, casa de jogo e outras do gênero, como os prostíbulos, bares, boates e restaurantes, não estão incluídas no conceito de casa, salvo se nelas houver um compartimento fechado, não aberto ao público, ocupado pelo morador. Esse espaço delimitado é protegido pela inviolabilidade.

<sup>37</sup> GROTTI, op. cit., p. 68.

O crime da violação do domicílio está previsto no Código Penal, no Título I, destinado aos crimes contra a pessoa, Capítulo VI, referente aos crimes contra a liberdade individual. Logo, a lei penal tutela a liberdade pessoal que todos têm de atuar livremente em sua casa, sem a perturbação de terceiros, assegurando a sua tranqüilidade e paz íntima. Portanto, “o Direito Penal dá um conceito genérico de casa, que comporta uma série de significados, exatamente porque procura apreender o conteúdo constitucional, reproduzindo, no campo penal, os direitos e garantias constitucionais.”<sup>38</sup>

Apesar da abrangência do conceito de casa no Direito Penal, a interpretação constitucional do conceito de casa é ainda mais ampla.

Logo, a norma constitucional protege não somente a residência, habitação do indivíduo, independentemente do seu caráter transitório ou definitivo, mas todo lugar ocupado por alguém, ainda que seja para trabalho, no qual ele possa refugiar-se sem a intromissão de quem quer que seja.

A casa não significa apenas a residência, não pressupõe a permanência com ânimo definitivo, pode ser alugada, própria ou cedida, um aposento ocupado de habitação coletiva, em pensão, hotel, pousada, sendo, no sentido constitucional, “todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com direito exclusivo e próprio, a qualquer título. O ponto essencial da caracterização está na exclusividade em relação ao público em geral. Assim, é inviolável como domicílio tanto a moradia quanto o estabelecimento de trabalho, desde que este não esteja aberto a qualquer um do povo, como um bar ou restaurante”.<sup>39</sup>

A inviolabilidade atinge não somente a casa, mas as dependências, os seus acessórios, como pátios, garagens, jardins, quintais e estrebarias, desde que sejam cercadas ou que haja obstáculos impedindo a passagem. Abrange não somente as edificações fixas, mas também as moradias móveis, nas quais haja local próprio para a permanência do morador, tais como os trailers residenciais, os automóveis usados como habitação, as cabinas de caminhões, de trens, navios, barcos, etc.

<sup>38</sup> GROTTI, op. cit., p. 70.

<sup>39</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 36.

Como já foi dito, também é considerado casa o lugar não aberto ao público em que alguém exerce profissão ou atividade. Assim, são protegidos pela inviolabilidade o escritório, o consultório em que se trabalha, a oficina e o laboratório do farmacêutico, os estabelecimentos comerciais, industriais ou de serviços, quando fechados ao público.

Ressalte-se que os teatros, casas de jogo, cafés, bares, restaurantes, prostíbulos, cabarés, mercados, lojas e clubes, enquanto permanecem abertos, não são protegidos pela inviolabilidade, mas o são quando fecham as portas e neles haja domicílio.

O escritório e os arquivos do advogado devem ser protegidos pela garantia da inviolabilidade, uma vez que o segredo profissional deve ser respeitado, sendo dever imposto ao advogado, de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 7, II e 34, VII da Lei 8906/94) . Essa garantia permite o livre exercício da advocacia, bem como resguarda os direitos de ampla defesa dos clientes.

Assim, constitucionalmente, o conceito de casa é bastante amplo, devendo ser interpretado conforme os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, as formas procedimentais de entrada em casa alheia, existentes no Código de Processo Penal, devem observar os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição, devendo o termo casa ser entendido de acordo com a interpretação constitucional. Tanto é assim que o Código Penal, no art. 150, § 2º, prevê que comete o crime de violação de domicílio o funcionário público que entrar em casa alheia, sem o consentimento do morador, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades legais estabelecidas em lei, ou, ainda, com abuso de poder.

Então, a compreensão constitucional do termo casa é muito importante para o processo penal, especialmente para a busca e apreensão, uma vez que a partir da definição do que seja casa, permite-se o controle de legalidade das buscas domiciliares.



## 2.5 EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E A BUSCA E APREENSÃO

A inviolabilidade de domicílio visa a proteger a intimidade do homem, dirigindo-se a todos, tanto aos particulares quanto às autoridades públicas, especialmente a estes, já que as garantias constitucionais são formas de contenção do poder estatal. No entanto, essa regra não é absoluta, de tal sorte que no mesmo dispositivo que garante que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, foram postas as exceções a esse postulado, como as hipóteses taxativas de flagrante delito, desastre, prestação de socorro e, durante o dia, além destas, a determinação judicial.

Logo, durante o dia, a exceção à inviolabilidade de domicílio também se faz através de uma reserva jurisdicional, de modo que o juiz decidirá, no caso concreto, se autoriza ou não a entrada em casa alheia, sendo a decisão sempre motivada.

Os direitos e garantias fundamentais podem, então, sofrer limitações. Os direitos fundamentais não são absolutos, pois encontram limites nos outros direitos e valores constitucionais, como ocorre nos casos em há colisão de direitos, e também na necessidade de se garantir os mesmos direitos aos demais indivíduos. Além disso, há também as limitações advindas das exigências da sociedade, como o interesse público, a ordem pública, etc.

O exercício dos direitos e garantias individuais “deve ser conciliado com o poder-dever estatal de punir, bem como o de manter a paz pública.”<sup>40</sup>. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que apesar da casa ser asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformada em garantia de impunidade de crimes praticados no seu interior.

Há certas medidas inerentes às atividades da Administração, como as de ordem higiênica, de profilaxia e de combate às doenças infecto-contagiosas, que implicam na penetração no domicílio, mas sua efetivação depende necessariamente de ordem judicial. O próprio Código Processo Penal, ao regular o instituto da busca e apreensão, expressa casos de entrada em casa alheia, na hipótese das buscas domiciliares. Contudo, a busca domiciliar somente pode ser efetuada mediante autorização do juiz, através da expedição de mandado judicial.

<sup>40</sup> PITOMBO, op. cit., p. 61.

Ao mesmo tempo, então, que a busca e a apreensão restringem o direito à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, essas normas constitucionais fixam os limites legais desses institutos. Os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados, sob pena da busca ser ilegal.

Além disso, as restrições aos direitos e garantias fundamentais não esvaziam todo o seu conteúdo, permanecendo a sua essência.<sup>41</sup>

Ressalte-se, ainda que,

(...) o direito fundamental só pode sofrer diminuição dentro da estrita legalidade. Com efeito, a hipótese de restrição há que estar prevista, modelada, em lei ordinária, consoante a Constituição; ainda ter fins legítimos e possuir justificativa socialmente relevante. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição da justiça pública, para se atingir o fim desejado, havendo imprescindibilidade em restringir direito, assegurado na Lei Maior.<sup>42</sup>

A busca e a apreensão são disciplinadas pelo Código de Processo Penal, que prevê as formas procedimentais para a sua realização.

A busca domiciliar se enquadra na hipótese de restrição à inviolabilidade de domicílio por determinação judicial. A decisão, sempre motivada, sobre a permissão ou não da invasão domiciliar se dá no caso concreto, devendo o juiz respeitar o princípio da proporcionalidade<sup>43</sup>, através da utilização de critérios razoáveis, buscan-

<sup>41</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Para as teorias absolutas, “o núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. O legislador, então, ao restringir direitos, estaria limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido.” (p. 100). Para as teorias relativas, “o núcleo essencial também seria caracterizado por um círculo inserido em outro maior, mas a membrana delimitadora do núcleo relativo seria elástica. O tamanho do núcleo essencial só poderia ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estivessem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente.” (p. 101). Para a autora, o núcleo essencial do direito fundamental decorre de sua própria natureza, já que uma intervenção do legislador na esfera de um direito fundamental para destruí-lo não faria sentido. (p. 99).

<sup>42</sup> PITOMBO, op. cit., p. 62.

<sup>43</sup> BARROS, Suzana de Toledo, op. cit., p. 74-87. O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, os meios devem ser apropriados à consecução do fim perseguido. Pela necessidade, a medida restritiva deve ser indispensável, de modo que não se possa substituí-la por outro meio eficaz e menos gravoso. Pela proporcionalidade em sentido estrito, a lei restritiva, mesmo sendo adequada e necessária, deve ser proporcional em relação aos resultados obtidos, o

do o equilíbrio dos interesses em conflito e demonstrando a efetiva necessidade da restrição à garantia. Assim, impede-se o abuso de poder pelo juiz e a realização de buscas arbitrárias.

Segundo Cleunice A. V. Bastos Pitombo<sup>44</sup>, para que a restrição à inviolabilidade de domicílio não possa ser afastada no caso concreto, é preciso que seja prevista em lei e esteja destinada a fins legítimos, evidenciando um interesse social prevalente sobre o individual, deve ser proporcional ao fim desejado e ajustar-se à finalidade buscada.

Portanto, essas condições devem estar presentes, bem como ser demonstradas pelo juiz na determinação da ordem de busca e de apreensão, sob pena de violação aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

sacrifício dos direitos individuais deve representar uma relação razoável com o interesse estatal que se pretende salvaguardar. ~

<sup>44</sup> PITOMBO, op. cit., p. 63.

### 3 A BUSCA E A APREENSÃO NO CPP

O Código de Processo Penal vigente no Brasil trata da busca e da apreensão no Capítulo XI, do Título “Da Prova”, do Livro I “Do processo em geral”.

No entanto, a inserção da busca e da apreensão no Título destinado à prova no Código de Processo Penal não é adequada, pois, conforme o próprio art. 240 do CPP, a busca pode ser realizada para prender criminosos, logo, não se destina exclusivamente a obter provas. Segundo ensinamento de Hélio Tornaghi, “a busca não é meio de prova, nem sempre se destina à colheita de provas. Pode ter a finalidade de prender criminosos, apreender pessoas vítimas de crime ou coisas que devam ser confiscadas (CPP, art. 240, § 1º, a, b, c, d e g, c/c art. 91, II, a e b, do CP). Igualmente a apreensão não se faz apenas para elas servirem à prova.”<sup>45</sup>

Assim, para esse autor, seria melhor a localização da busca e da apreensão entre as providências acautelatórias, ou então entre os atos processuais coativos, de acordo com o Projeto nº 633/75, devido à natureza coercitiva desses institutos.

Sua regulamentação deveria seguir o disposto no Código de Processo Penal Militar, que trata a busca e a apreensão em seções distintas do Capítulo I, como providências que recaem sobre coisas ou pessoas, do Título XIII, entre as medidas preventivas e assecuratórias.

Como já foi dito, não se confundem com as provas, todavia, mantêm uma estreita ligação com essas, tendo em vista que a busca e a apreensão também são providências destinadas a impedir o desaparecimento das provas, já que não são eternas.

Além disso, a regulação unificada da busca e da apreensão, considerando esta unicamente como finalidade daquela, não é também adequada, uma vez que são institutos diferentes, com peculiaridades próprias. Além disso, a busca nem sempre se destina à apreensão, podendo existir apreensão sem busca, quando a coisa procurada é exibida voluntariamente.

O tratamento unitário dos institutos deve-se ao fato de, normalmente, a apreensão suceder à busca, porém um não importa necessariamente no outro.

<sup>45</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 460.

Cleunice Pitombo<sup>46</sup> observa, ainda, que enquanto a busca tem limites constitucionais, como a inviolabilidade de domicílio, a apreensão não tem respaldo em direito ou garantia individual. O direito de propriedade, assegurado na Constituição, seria um limite apenas em casos excepcionais, quando da apreensão de bens, produto ou proveito de crime em poder de terceiro que os adquiriu de boa-fé. No entanto, quanto à apreensão, há limitação ao poder individual de reter coisa ou deter pessoas a fim de se evitar arbitrariedades.

Portanto, mesmo considerando a estreita ligação entre a busca e a apreensão, são institutos diversos e autônomos no processo penal.

<sup>46</sup> PITOMBO, op. cit., p. 88.

#### 4 BUSCA

O termo busca, do verbo buscar, sinônimo de descobrir, de encontrar, significa procura de alguma coisa ou alguém. Significa achar através do varejo, da revista. Não se confunde com a inspeção ocular ou vistoria judicial, “consistente na certificação do fato pesquisado, ou visualização, pelo juiz, de dado ou objeto relacionado com a espécie litigiosa, a fim de, aplicando os próprios sentidos, melhor receber uma impressão pessoal de um ser ou de um fenômeno”<sup>47</sup>, nem com a perícia, que é o exame feito por pessoas especializadas com o objetivo de instruir o juiz, nem com o reconhecimento de pessoa ou coisa.

Inicialmente, a busca era conceituada como a procura realizada por ordem de autoridade competente para os fins previstos na lei. Depois, como “a procura ou perquisição de coisa ou pessoa determinada ou determinável.”<sup>48</sup>

O conceito de busca, em sua essência, é quase o mesmo entre os autores<sup>49</sup>, distinguindo-se, basicamente, quanto à sua finalidade. Porém, feita uma análise do instituto da *perquisizione* do direito italiano, Cleunice Pitombo conclui que:

(...) a busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis, documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.<sup>50</sup>

A natureza jurídica da busca é controvertida em consequência do tratamento unificado da busca e da apreensão e da sua classificação ora como meio de prova, ora como instrumento de sua obtenção, ora como coação processual penal lícita.

Grande parte da doutrina trata a busca e apreensão conjuntamente como meio de obtenção de prova, de natureza cautelar e coercitiva. Segundo Rogério

<sup>47</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 250.

<sup>48</sup> Ibid., p. 249

<sup>49</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 357; TUCCI, **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**, p. 249.

Lauria Tucci<sup>51</sup>, a busca é providência cautelar e coercitiva para tornar efetiva a aplicação da lei penal, conforme o disposto no art. 240, § 1º, a, b e c; para obter a prova do crime, consoante o art. 240, § 1º, e, f e h; e para apreender pessoa vítima de crimes, art. 240, § 1º, g, do CPP.

Assim, o entendimento da maioria dos doutrinadores é de que a busca e apreensão é medida cautelar asseguradora da existência da prova criminal e do seu não perecimento.

Entretanto, Cleunice Pitombo, considerando a busca como instituto separado da apreensão, entende que

(...) a busca, no processo penal brasileiro, não constitui prova, nem meio para sua obtenção (a busca, por exemplo, para a prisão, custódia e para a intimação), consiste, na verdade, em medida instrumental, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com fato, pretensamente ilícito e típico, investigado, ou perquirido.<sup>52</sup>

Quanto à sua finalidade, devido ao seu tratamento junto com a apreensão, foi misturada com esta e, por isso, é diversa entre os vários autores.

Assim, já foi entendida como finalidade da busca a apreensão, a descoberta e comprovação dos crimes, assegurar a prova penal, formar o corpo de delito, bem como prender a pessoa acusada ou evadida.

Magalhães Noronha<sup>53</sup> entende que os objetivos postos no art. 240 não se limitam à pessoa ou às coisas do indiciado ou acusado, mas também referem-se à pessoa da vítima e às suas coisas. Relaciona a esta, os delitos de seqüestro, cárcere privado, e àquele, o corpo de delito, formado pelo produto do crime, instrumentos de falsificação ou contrafação, objetos falsificados, armas e munições, instrumentos usados no crime, etc.

A finalidade da busca está disposta no art. 240 do Código de Processo Penal.

<sup>50</sup> PITOMBO, op. cit., p. 96.

<sup>51</sup> TUCCI, *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, p. 252.

<sup>52</sup> PITOMBO, op. cit., p. 103.

<sup>53</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 122.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 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 à 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.

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

A finalidade da busca é achar aquilo que se procura, seja pessoa, semovente ou coisa, tais como papel, documento, objeto ou ainda outros elementos materiais, relacionados com a persecução penal.

Assim, a busca visa ao descobrimento daquilo que se procura e que seja útil para o conhecimento dos fatos e circunstâncias do crime. Além disso, a busca também serve para a citação, intimação, notificação, prisão e condução coercitiva.

Portanto, a busca tem por finalidade trazer algo ou alguém útil ao processo penal, de modo que não se faz busca de coisa e pessoa indeterminadas ou em lugar incerto.

Quanto ao objeto da busca, é o seu resultado, aquilo que foi obtido na busca. Da análise do art. 240 do CPP, nota-se que nem sempre a busca visa à apreensão de provas materiais, mas também à prisão de criminosos.

Ressalte-se que a busca realizada para a colheita de provas não se faz no interesse único da acusação, mas também no interesse do indiciado ou acusado. Além disso, a letra *f*, do § 1º do art. 240 do CPP, não foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, que, no seu art. 5º, inciso XII, garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência.



Buscam-se as pessoas vítimas de crimes para que o exame de corpo de delito ou outras perícias possam ser realizados, e também para tirá-la do poder daquele que cometeu o crime.

Há, ainda, coisas que não podem ser apreendidas e, por isso mesmo, devem ser colhidas do local onde foram achadas, como ocorre na procura para obter impressões digitais, para colher saliva, sangue, pêlo ou outros vestígios e elementos materiais necessários à reconstrução do fato.

Ainda com relação ao art. 240 do CPP, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que a enumeração é taxativa, de tal sorte que as buscas somente podem ser realizadas naqueles casos previstos, pois “as buscas são permitidas como exceções às normas garantias da liberdade individual, e, assim, é evidente que tais exceções devem estar previstas em lei.”<sup>54</sup>

Logo, nem por analogia se pode estender as buscas a outros casos, salvo se houver lei especial admitindo a sua realização em outras hipóteses. Para esse autor, quanto às buscas, não se admite a interpretação analógica nem extensiva, uma vez que estão em jogo direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que não podem ser restringidos senão em virtude de lei.

Entretanto, Cleunice Pitombo<sup>55</sup> diverge da posição do mencionado autor, observando que a enumeração do art. 240 do CPP não é taxativa, sustentando que a busca destina-se também à citação, intimação, notificação e condução coercitiva.

#### 4.1 MODALIDADES DE BUSCA

O Código de Processo Penal estabeleceu duas modalidades de busca: a domiciliar e a pessoal. Todavia, essa divisão não é suficiente para abranger as hipóteses de busca, uma vez que a procura por determinada coisa ou pessoa pode ser feita em qualquer lugar. Assim, deve-se regular também as buscas em lugares públicos, de uso comum ou especial, que não se encaixam nas hipóteses de busca domiciliar.

Como as buscas restringem direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tem-se que para serem legais, válidas e eficazes, as formalidades previstas nas

<sup>54</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 364.

<sup>55</sup> PITOMBO, op. cit., p. 110.

regras procedimentais, bem como os seus limites legais, devem ser observados. Assim, essas modalidades não previstas na lei processual penal devem ser disciplinadas, a fim de que sejam evitadas buscas ilegais.

#### 4.1.1 Busca Domiciliar

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XI, assegura a inviolabilidade de domicílio e as hipóteses constitucionais de exceção a essa garantia. Assim, temos que a busca domiciliar, regulada no Código de Processo Penal, é permitida constitucionalmente, desde que realizada durante o dia, por determinação judicial. Logo, a busca domiciliar encontra barreiras na Constituição.

Ressalte-se que a busca domiciliar, durante o estado de sítio (art. 139, V, da CF), pode ser feita sem a observância das garantias constitucionais, já que durante a sua vigência é permitida a restrição à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.

O estado de sítio consiste, pois, na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo e em certa área (que poderá ser o território nacional inteiro), objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com Estado estrangeiro. A aplicação de medidas coercitivas e a suspensão de direitos e garantias constitucionais são apenas meios para a consecução de seus objetivos.<sup>56</sup>

O Código de Processo Penal não define busca domiciliar, nem a amplitude do termo casa, a qual deve ser tomada na sua dimensão constitucional, como já vimos em tópico específico do presente trabalho. Então, em resumo, a casa é a moradia definitiva ou transitória, em casa própria, cedida ou alugada, abrangendo também as suas dependências, desde que cercadas ou que tenham obstáculos impedindo o livre acesso. É qualquer compartimento habitado, é o aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis, pousadas, etc, sendo, ainda, o local onde se exerce atividade ou profissão, não aberto ao público, os estabelecimentos comerciais e industriais, desde que fechados ao público, as moradias móveis, como a barraca de acampamento, o trailer, e também as áreas comuns de condomínio.

<sup>56</sup> SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 700.

A doutrina define a busca domiciliar como “a procura de alguém ou alguma coisa, que se faz no domicílio alheio, em casa de alguém.”<sup>57</sup>, também como “a procura material que se realiza no domicílio alheio, com o fim de apreender coisas que interessam à Justiça Criminal e que se suspeita sejam ali guardadas, ou de se apreender pessoa vítima de crime, ou prender criminosos.”<sup>58</sup>

A busca domiciliar é a procura material dentro de uma casa, podendo ultrapassar seus limites físicos. Abrange também os edifícios, terrenos, móveis e lugares conexos à casa. Além disso, durante a busca domiciliar pode ser efetuada a busca pessoal nos moradores da casa.

Assim, a busca domiciliar pode ser efetuada com autorização judicial e, sem esta, somente com o consentimento do morador, em caso de flagrante delito ou quando a busca é efetuada pela própria autoridade judiciária.

Conforme o art. 5º, XI, da Constituição Federal, a busca domiciliar deve ser realizada durante o dia e mediante determinação judicial.

Assim, quando a autoridade judiciária não efetuar pessoalmente a busca domiciliar, esta deve ser precedida, necessariamente, de mandado judicial, expedido por ordem do juiz.

A expedição de mandado judicial somente ocorrerá se fundadas razões autorizarem a invasão domiciliar, conforme dispõe o art. 240 do CPP. Essas fundadas razões não são meras suspeitas, pois a lei processual exige que as razões fundamentem-se em motivos concretos, em fortes indícios de que na casa esteja a pessoa ou coisa procurada, isto é, que na casa se encontrem os elementos de convicção que tenham relação com o fato perquirido.

Apesar da discricionariedade do juiz para decidir se autoriza ou não a busca domiciliar, isso não significa que o juiz possa agir com abuso ou excesso de poder, uma vez que não pode autorizar uma busca em motivo infundado, sob pena de responder criminalmente e disciplinarmente.

Isso, porque, importam à busca domiciliar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como o direito à intimidade e a garantia da inviolabilidade de domicílio. Assim, não teria sentido a Constituição assegurá-los se a busca pudesse ser autorizada baseada em meras suspeitas. Assim, não basta como condição de

<sup>57</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 359.

<sup>58</sup> NORONHA, **Curso de direito processual penal**, p. 122.

legitimidade da busca domiciliar tão só a ordem judicial, é preciso que haja motivos concretos, graves para sua autorização, que tornem a medida imprescindível para a persecução criminal.

Logo, a decisão do juiz determinando a busca domiciliar deve ser motivada, demonstrando a imprescindibilidade da medida, que o interesse social, no caso concreto, é prevalente sobre individual, sendo, obviamente, proporcional ao fim almejado. A decisão do juiz, então, deve pautar-se em critérios razoáveis para sopesar os interesses em jogo.

A IV Emenda à Constituição Americana assegura o indivíduo contra buscas e apreensões desarrazoadas. Além disso, a Suprema Corte estabeleceu que as buscas e apreensões individualizadas, realizadas mediante ordem escrita da autoridade competente (*warrant clause* da IV Emenda), constituiriam o padrão da razoabilidade, isto é, a justa causa que tornaria a diligência razoável.<sup>59</sup>

É no momento da expedição da ordem de busca que os motivos devem estar expostos, não no instante que se realiza a diligência. Assim, para que a ordem de busca seja dada, é preciso que tenha ocorrido um delito e que a medida seja necessária e inafastável para a instrução criminal, bem como haja fortes e graves indícios de culpabilidade do acusado, isto é, fundadas razões que a busca domiciliar terá um resultado positivo. No entanto, a busca pode resultar negativa, não sendo preciso de que o resultado seja positivo para que seja legal.

Nesse sentido, Hélio Tornaghi assevera: “o juízo sobre a conveniência da busca é feito a priori. Pode acontecer que a diligência seja infrutífera e revele a posteriori não corresponder aquele juízo à realidade. Pouco importa.”<sup>60</sup>

O Código de Processo Penal, no seu art. 243, apresenta os requisitos do mandado de busca, que deve conter a indicação, com a maior precisão possível, da casa em será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, fazer menção aos motivos e fins da diligência, bem como ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade judicial que a expedir.

A previsão de que a busca domiciliar somente se dá mediante determinação judicial, desde que existam fundadas razões para sua autorização, e a existên-

<sup>59</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da lei 9296/96 e da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65.

cia de requisitos do mandado judicial evidenciam o controle jurisdicional prévio existente para a realização das buscas domiciliares. Disso decorre que a decisão do juiz que autorizou pode ser revista, posteriormente, por outras autoridades de grau jurisdicional mais elevado.

Além disso, apesar do Código de Processo Penal dispor que não é necessário a expedição de mandado judicial quando a própria autoridade policial realizar a diligência, com a Constituição Federal de 1988 tal disposição tornou-se inconstitucional. Logo, quando a autoridade policial desejar fazer uma busca domiciliar, mesmo que a realize pessoalmente, é preciso ordem judicial, sendo expedido um mandado de busca. Se a busca não for autorizada pelo juiz e, mesmo assim, for efetuada, a busca será ilegal e a autoridade policial responderá pelo crime de violação de domicílio ou, ainda, por abuso de autoridade.

Nesse sentido, foi proferida a seguinte decisão: “Ainda que o agente policial tenha adentrado por equívoco na casa da vítima, não sendo a diligência domiciliar legitimada pelo mandado de autoridade competente, configurado se acha, em tese, o delito previsto no art. 150, § 2º, do CP.” (Rel. Camargo Sampaio, RT 566/311).

A busca domiciliar sem a autorização judicial somente ocorrerá quando houver o consentimento do morador, em caso de flagrante delito ou quando a busca é realizada pela própria autoridade judiciária.

No caso da busca realizada com o consentimento do morador, esta pode ser realizada durante o dia, mas também durante a noite. Porém, o consentimento tem que ser livre, espontâneo e expresso, sendo inadmissível a entrada em casa alheia por autorização tácita, a não ser que os atos do morador da casa demonstrem de maneira inequívoca, que não deixe dúvida, que a entrada é permitida. Ressalte-se que o consentimento não se presume.

O consentimento deve ser dado pelo morador que se submete à diligência ou por qualquer outro morador da casa que possa representá-lo. Nas habitações coletivas, o ocupante de um aposento não tem legitimidade para autorizar a entrada no aposento de terceiro.

Na hipótese de flagrante delito, a busca domiciliar pode ser realizada pelos policiais sem mandado judicial. O Código de Processo Penal, no art. 302, define

<sup>60</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 465.

quem é considerado em flagrante delito. Nas hipóteses dos incisos I e II desse artigo, a entrada em casa alheia sem mandado judicial fundada em flagrante delito é perfeitamente aplicável. Quanto às outras duas hipóteses, Antônio Magalhães G. Filho<sup>61</sup> entende que deve ser expedido mandado judicial, observando-se também as regras pertinentes à prisão.

Assim, a busca domiciliar em virtude do flagrante delito e, portanto, sem autorização judicial, somente ocorrerá se o fato deixar vestígios ou possíveis elementos probatórios, se a entrada for absolutamente necessária e se o local da infração não puder ser preservado até que seja expedida a ordem do juiz.

Além disso, a busca domiciliar também poderá ser realizada sem mandado judicial, caso a própria autoridade judiciária a realize. Nessa hipótese, a autoridade deve previamente declarar sua qualidade e o objeto de diligência (motivos e fins), conforme o art. 245, § 1º, do CPP.

#### 4.1.2 Buscas em Lugar Resguardado pelo Segredo ou Sigilo

Quanto a esses locais, o Código de Processo Penal apenas faz menção no art. 243, § 2º, dispondo que “não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.”

O sigilo advém da lei. A busca em locais resguardados pelo sigilo deve preceder de autorização judicial e ser disciplinada por regras rígidas, de modo a impedir a utilização de documentos ou informações decorrentes da quebra de sigilo que não tenham relação com o fato investigado ou que prejudiquem terceiros não envolvidos com a questão.

A busca em escritório de advocacia, resguardada pela garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, tendo em vista a amplitude constitucional dada ao termo casa, também tem limite constitucional na disposição que assegura a ampla defesa (art. 5º, LV).

A busca em escritório de advocacia somente realizar-se-á mediante autorização do juiz, que expedirá mandado judicial de busca e apreensão. Além

<sup>61</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

disso, conforme o disposto no art. 7º, da lei 8.906/94, a busca ou apreensão deve ser acompanhada de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo Tourinho Filho<sup>62</sup>, a busca e apreensão poderá ser determinada pelo juiz em escritório do advogado, se este não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a diligência, se o advogado não possuir papéis, documentos em razão do exercício da sua função, caso em que se resguarda o sigilo profissional, se for partícipe do delito e para apreender documentos ou objetos que constituam corpo de delito, pois as coisas confiadas ao advogado, para serem usadas no interesse do cliente, são resguardadas.

O Código de Processo Penal, no art. 243, § 2º, usa a expressão defensor e não advogado, de tal sorte que tal disposição se aplica inclusive àqueles que atuam na defesa do acusado, mas não são advogados.

Então, apesar da inviolabilidade conferida ao escritório de advocacia, Rogério Lauria Tucci assevera que “não se pode ter, com efeito, como irrestrita, absoluta, a proteção conferida ao defensor do acusado, em benefício da defesa ampla, plena, deste, colocando o seu escritório ao abrigo das buscas ordenadas com o fito de esclarecer o crime investigado. Especialmente quando nele se encontre documento integrante do corpo de delito, (...).”<sup>63</sup>

A retenção indevida de documento ou objeto poderá configurar crime de favorecimento real ou receptação, dependendo do caso concreto.

#### 4.1.3 Busca Pessoal

A busca pessoal é limitada pelos direitos e garantias fundamentais do indivíduo que lhe asseguram a integridade física e moral e a intimidade (art. 5º, incs. III, XLIX e X, respectivamente).

O Código de Processo Penal estabelece, no art. 240, § 2º, que essa modalidade de busca proceder-se-á “quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.”

<sup>62</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 375.

<sup>63</sup> TUCCI, *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*, p. 263.

A busca pessoal é a procura material em corpo, vestimentas ou pertences que a pessoa traga consigo, seja ela vítima, suspeito, indiciado, acusado ou terceiro, podendo ser realizada através de investigação ocular e manual, inclusive por instrumentos mecânicos e radioscópios. Pode a busca ser feita em partes íntimas do corpo, respeitando-se a integridade física e moral do indivíduo.

Nota-se que a busca pessoal somente pode ser feita se houver fundada suspeita de que a pessoa oculta consigo os objetos relacionados no art. 240, § 2º, do CPP. Hélio Tornaghi<sup>64</sup> entende que a fundada suspeita equivale à fundada razão necessária à busca domiciliar. Já Tourinho Filho<sup>65</sup> sustenta que o legislador ao empregar a expressão “fundada razão” desejou imprimir maior gravidade à busca domiciliar, pois esta seria medida mais drástica.

A busca pessoal somente deve ser efetuada se estiverem presentes os requisitos necessários para que direitos e garantias fundamentais possam ser restringidos. Como já foi dito, a restrição não importa na perda do conteúdo essencial dos direitos e garantias.

A busca pessoal tem como finalidade a procura de arma proibida, de coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, de armas e munições, instrumentos utilizados na prática do crime ou destinados a fins delituosos, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, cartas abertas ou não, destinados ao acusado e qualquer elemento de convicção (art. 240, § 2º, do CPP).

Segundo o art. 244 do CPP, a busca pessoal pode ocorrer sem a necessidade de autorização judicial em caso de prisão, se houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, no curso da busca domiciliar (art. 244 do CPP) ou, ainda, com o consentimento do indivíduo a ser revistado.

A busca pessoal realizada no curso da busca domiciliar fundamenta-se na necessidade de que a ordem do juiz seja integralmente cumprida, pois não teria sentido que o indivíduo não pudesse ser revistado, já que é possível que oculte consigo aquilo que se procura na casa, com o intuito de que a busca domiciliar resulte negativa.

<sup>64</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 469-470.

<sup>65</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 372.



Em outras situações, Cleunice Pitombo<sup>66</sup> entende que a busca pessoal deve ser precedida da autorização judicial, devendo o mandado de busca apresentar os requisitos do art. 243 do CPP. Portanto, a autoridade judicial deve demonstrar os motivos que o levaram a autorizar a medida. Já Fernando da Costa Tourinho<sup>67</sup> afirma que a autoridade policial também está autorizada a expedir mandados de busca durante a investigação preliminar, salvo em caso de busca domiciliar.

Além disso, quando a busca for realizada em mulher, o art 249 do CPP determina que seja feita por outra mulher, salvo se não importar em atraso ou prejuízo da diligência.

#### 4.1.4 Busca em Veículos

A busca em veículos pode ser considerada pessoal ou domiciliar, dependendo da utilização do veículo. Assim, se o veículo for usado para fins de moradia, se o indivíduo utiliza-o como casa, a procura deve ser realizada com todas as cautelas e regras inerentes às buscas domiciliares.

Porém, se o indivíduo usar o carro exclusivamente como meio de transporte, aplicam-se as normas pertinentes à busca pessoal.

#### 4.1.5 Busca em Estabelecimento Comercial

Os estabelecimentos comerciais abertos ao público não podem invocar a proteção constitucional da inviolabilidade de domicílio.<sup>68</sup>

Porém, isso não significa que a busca nesses lugares possa ser feita arbitrariamente. Assim, mesmo que não se possa igualar os estabelecimentos comerciais e industriais à casa, esses lugares são protegidos da devassa plena tendo em vista a proteção ao sigilo das atividades profissionais ali desenvolvidas.

<sup>66</sup> PITOMBO, op. cit., p. 133.

<sup>67</sup> TOURINHO FILHO, op cit., p. 373.

<sup>68</sup> "Busca e apreensão – Estabelecimento comercial – Averiguação de documentação e autenticidade de número de chassis de veículo – Desnecessidade de ordem judicial ou de flagrante delito – Segurança denegada – Recurso provido para esse fim" (Ap. 204.229-1, SP, Rel Alvaro Lazzarini, j. 15.03.1994, RJTJESP – Lex 61/160).

No entanto, como esses lugares são abertos ao público, ou seja, qualquer um deles pode penetrar, a proibição da entrada da autoridade policial e seus agentes seria absurda, sendo que estes podem ingressar até mesmo sem o consentimento do proprietário ou do representante legal do estabelecimento.

Ressalte-se que a entrada é permitida sem a necessidade de autorização judicial, todavia, após a entrada, a busca deve respeitar as mesmas normas aplicadas às buscas domiciliares. Portanto, nas buscas realizadas nesses estabelecimentos, também é preciso que a autoridade policial esteja munida de mandado judicial, devendo observar as formalidades processuais existentes no art. 245, parágrafos 1º a 7º, do CPP, que se referem às buscas domiciliares, sob pena da diligência tornar-se ineficaz.

#### 4.1.6 Busca em Locais Públicos

Essa modalidade de busca não é prevista no Código de Processo Penal Comum e nem no Código de Processo Penal Militar.

A doutrina<sup>69</sup> preocupou-se basicamente no tratamento da busca em repartições públicas, entretanto, os locais públicos não se resumem às repartições.

Inicialmente, não era permitido às autoridades policiais e judiciárias procederem à busca e apreensão em repartições públicas, exigindo-se requisição prévia do objeto procurado ao Ministro, Secretário ou chefe do serviço, quando a medida fosse relevante para o processo criminal, contudo a diligência deveria ser realizada por empregados da repartição ou por peritos nomeados pelo governo.<sup>70</sup>

No entanto, admite-se, atualmente, que a autoridade policial ou judiciária proceda à busca e apreensão, quando a requisição feita previamente ao Ministro, Secretário ou chefe de serviço não for atendida.

Para tratar da busca em lugar público, antes é preciso definir o que é lugar público. O lugar público é bem público, sendo que o Código Civil de 2002, no art. 99, classifica os bens públicos em: de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças), de uso especial (edifícios e terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento

<sup>69</sup> TUCCI, **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**, p. 264.

<sup>70</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal anotado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 3, p. 200-201. Fundado no Decreto de 16 de abril de 1847.

federal, estadual ou municipal), e os dominicais (são patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>71</sup> classifica os bens de uso comum do povo, os quais podem ser utilizados por todos, em igualdade e sem o consentimento individualizado da Administração, e os bens de uso especial, usados pela Administração Pública na consecução de seus objetivos, como as repartições públicas, os veículos oficiais, etc., em bens do domínio público do Estado. Já os bens dominicais, que não têm destinação pública definida, constituem os bens do domínio privado do Estado.

Assim, nos locais públicos abertos, de uso comum do povo, não é necessário autorização judicial para a realização da busca. Já nos locais públicos de uso especial é preciso autorização judicial, no entanto, esta é dispensável quando for solicitada ou consentida pelo Ministro, Secretário ou chefe de serviço. Porém, quando o bem público for de uso especial e existir o dever de segurança, como nos presídios e cadeias, não é preciso autorização judicial para se proceder à busca.

Devido às peculiaridades inerentes aos bens públicos, é complexa a caracterização das situações em que é ou não imprescindível autorização judicial para a efetuação de buscas. Logo, a regulamentação das buscas em locais públicos faz-se necessária, pois não se inclui nem na modalidade domiciliar, muito menos na pessoal.

## 4.2 INSTRUMENTALIZAÇÃO

Além das limitações previstas na Constituição a fim de resguardar os direitos e garantias fundamentais que importam às buscas, estas também são revestidas de formalidades previstas no Código de Processo Penal, com o fito de resguardar a sua legalidade e veracidade.

Essas formalidades presentes no processo visam à segurança e certeza jurídicas, não se trata de formalismo no sentido pejorativo da palavra.

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 422-430.

#### 4.2.1 Momento

As buscas podem ser realizadas tanto na fase pré-processual quanto na fase processual, sendo que a existência de ação penal ou Inquérito Policial não é requisito para a busca e apreensão. Assim, a busca pode ser efetuada antes de instaurado o Inquérito Policial, durante a sua elaboração, durante o curso do processo criminal e até mesmo na fase de execução.

Antes da instauração do Inquérito Policial, em virtude de infração penal que o juiz tenha notícia, este pode autorizar a busca e apreensão de pessoa ou coisa, para proteger a vítima ou para impedir que os instrumentos ou objetos relacionados com o fato criminoso se percam, comprometendo uma eventual prova obtida pela diligência. Porém, a instauração de Inquérito Policial deverá ser determinada logo em seguida.

Na fase processual, a determinação das buscas se dá para a instrução criminal ou, ainda, durante a execução penal, para prender condenado evadido, por exemplo.

#### 4.2.2 Iniciativa

Segundo o art. 242, a busca poderá ser determinada por iniciativa da própria autoridade (de ofício), ou por provocação das partes. Entretanto, somente a autoridade judiciária pode expedir mandado de busca.

Assim, nos casos em que a realização da busca somente possa ocorrer com autorização judicial, podem requerer ao juiz a sua determinação: o Ministério Público, o particular ofendido, o suspeito, indiciado ou acusado, bem como o condenado, e obviamente, a autoridade policial.

Hélio Tornaghi<sup>72</sup> entende que o Ministério Público não tem legitimidade para interferir no Inquérito Policial, porém Cleunice Pitombo<sup>73</sup> assevera que o órgão ministerial pode requerer ordem judicial de busca durante o Inquérito Policial e na fase processual, quando a ação penal for de iniciativa pública, pois a Constituição Federal, em seu art 127, dispõe que o Ministério Público tem a função de defender

<sup>72</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 466.

<sup>73</sup> PITOMBO, op. cit., p. 168.

“os interesses sociais e individuais indisponíveis”, e no art 129, VIII, de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.” Além disso, segundo o art. 47 do CPP, antes de requerer a busca, o Ministério Público deverá requisitar os documentos e demais elementos de convicção diretamente à autoridade ou funcionários que possam fornecê-los.

O ofendido pode requerer a busca durante as investigações determinadas no Inquérito Policial, na qualidade de assistente da acusação nas ações públicas (arts. 268 a 273 do CPP) e nas ações penais privadas e nas ações privadas subsidiárias das públicas. Ressalte-se que o ofendido não pode requerer a busca na fase de execução da pena, mas somente durante o Inquérito Policial e da ação penal de conhecimento.

Como a busca não é meio de incriminação, o suspeito, indiciado, acusado e condenado pode requerê-la sempre que for necessária, seja no decorrer do Inquérito Policial, seja durante o processo criminal, incluindo a fase de execução da pena.

A atividade policial é muito importante para a investigação criminal, tanto é que o art. 6º, I, II e III, do CPP, dispõe que é dever da autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, dirigir-se ao local, a fim de preservá-lo, apreender os objetos relacionados com o fato delituoso e colher as provas que servirem ao seu esclarecimento.

Contudo, a autoridade policial não pode de ofício autorizar a busca domiciliar, salvo nos casos de flagrante delito. Assim, quando a autoridade policial achar necessária a realização da busca para a investigação criminal, deverá requerer ao juiz a sua determinação, demonstrando a imprescindibilidade da medida.

#### 4.2.3 Conteúdo do Mandado

Como já foi dito, há hipóteses em que para a realização da busca é preciso que seja antes expedido mandado. Assim, os requisitos que um mandado de busca deve conter para que seja válido estão dispostos no art. 243 do CPP, que dispõe:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I – Indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II – mencionar o motivo e os fins da diligência;

III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

Da redação desse artigo, percebe-se que o mandado deve ser claro, não podendo ser incerto, vago, genérico. “A determinação do varejamento, ou da revista há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssimo a indicação detalhada do 'motivo e fins da diligência'(art. 243, II, do CPP), a que se destina.”.<sup>74</sup>

Logo, a observância desses requisitos é fundamental para a eficácia da medida e evitar arbitrariedades. Hélio Tornaghi<sup>75</sup> afirma, ainda, que o mandado representa uma garantia do mandante, do executor e do sujeito que sofre a medida. É uma garantia a quem ordena, pois no mandado consta a razão da sua ordem, demonstrada nos “motivos e fins da diligência”. Assim, caso o executor da busca cometa abusos, está protegido pois o mandado preenche todos os requisitos precisamente. Quanto ao executor, a garantia se encontra no fato do mandado ser o meio pelo qual pode comprovar que agiu no estrito cumprimento de seu dever legal, por ordem de autoridade competente. Já aquele que sofre a busca, tem no mandado a garantia do conhecimento dos motivos e fins da diligência, podendo evitar a busca caso entregue a coisa ou pessoa procurada ao executor, bem como impedir a busca se o mandado não for apresentado.

Portanto, tais formalidades além de servirem à validade e eficácia da medida também servem de garantia aos sujeitos envolvidos na busca.

#### 4.2.4 Horário da Busca

A Constituição estabelece que a entrada em casa alheia, sem o consentimento do morador, durante a noite, somente ocorre nas hipóteses de flagrante

<sup>74</sup> PITOMBO, op. cit., p. 171.

<sup>75</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 466-467.

delito, desastre, prestação de socorro, de modo que a realização da busca processual penal durante esse horário é inadmissível, mas permitida tão só durante o dia, por determinação judicial. Além disso, o Código de Processo Penal, em seu art. 245, determina que as buscas domiciliares serão feitas durante o dia, salvo se o morador permitir que se realizem durante a noite.

No entanto, nem a Constituição nem o Código de Processo Penal definem o que seja dia nem o que seja noite, sendo a doutrina discordante na conceituação dos termos. Assim, alguns definem o dia segundo critérios físico-astronômicos, como o intervalo compreendido entre o nascer e o pôr do sol, ou como o período entre as seis horas da manhã e as seis horas da tarde. Há, ainda, quem entenda que noite é o período em que a população está em repouso noturno, segundo os costumes locais.<sup>76</sup>

A fixação de um horário rígido para a realização das buscas seria razoável, porém excluir totalmente o critério físico astronômico seria prejudicial, pois, conforme ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, “se por qualquer razão há uma mutação da hora oficial, haverá necessidade também de alterar-se a definição horária do que seja dia e noite. Será sempre inconstitucional uma invasão feita quando já não houver luminosidade solar, ainda que por invocação de uma hora oficial se possa concluir ser dia.”<sup>77</sup>

Tourinho Filho<sup>78</sup> afirma que diante do silêncio do Código de Processo Penal aplicava-se, por analogia, o art. 172 do Código de Processo Civil, que dispunha que os atos processuais podiam ser realizados entre as seis e dezoito horas, no entanto, com a nova redação desse artigo dada pela Lei 8.952/94, passou-se a permitir a prática de atos processuais entre as seis e as vinte horas, de tal forma, que em muitos Estados do Brasil, às dezenove horas já é noite. Assim, esse autor entende que deve ser entendido como dia o período que decorre das seis horas da manhã às seis da tarde. Essa opinião não é unânime, tanto é que Magalhães

<sup>76</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, p. 123-152, apud PITOMBO, op. cit., p. 174.

<sup>77</sup> BASTOS; MARTINS, op. cit., p. 69.

<sup>78</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 367.

Noronha<sup>79</sup> entende como dia o tempo entre o nascer e o pôr do sol a fim de melhor proteger os direitos e garantias individuais.

Então, as buscas domiciliares deveriam realizar-se entre as seis e dezoito horas, período em que há luz solar em quase todo o Brasil em todas as épocas do ano.

A busca deve ser iniciada durante o dia. Porém, a superveniência da noite durante a sua realização não a paralisa, pois se fosse interrompida, a busca restaria frustrada, uma vez que daria oportunidade aos moradores em esconder a coisa ou a pessoa procurada.

Portanto, se os executores chegarem à casa fora do horário permitido para a busca domiciliar, não poderão efetuar-la, mas podem preservar o local, esperando do lado de fora da casa até que o dia amanheça, para, então, entrar e cumprir a diligência.

#### 4.2.5 Procedimento da Execução da Busca

As regras postas no Código de Processo Penal quanto ao modo de realização das buscas não são meras formalidades, mas servem para impedir que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo sejam violadas, bem como zelam pelo seu bom êxito, ou seja, pela sua legalidade e validade.

O art. 245 do CPP estabelece como devem ser efetuadas as buscas domiciliares. Conforme este artigo, em regra, serão executadas de dia, devendo os executores mostrar e ler o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o a abrir a porta. No caso da busca ser realizada pela própria autoridade judiciária, esta deverá se identificar, declarando sua qualidade e o objeto de diligência.

Em caso de desobediência, a porta será arrombada e forçada a entrada. Uma vez dentro da casa, se a coisa ou pessoa procurada for determinada, o morador será intimado a mostrá-la. Se não atender à solicitação, inicia-se a busca. Havendo resistência do morador em permiti-la, ou estando ele ausente, o emprego

<sup>79</sup> NORONHA, Curso de direito processual penal, p. 124.



da força contra coisas existentes no interior casa, para o descobrimento do que se procura, é permitido.

Apesar do Código somente se referir ao uso da força contra as coisas existentes no interior da casa, é evidente que se o morador opor-se à busca, a força poderá ser usada contra ele, podendo até mesmo ser preso em flagrante por resistência.

O arrombamento e o uso da força apenas são autorizados após a utilização de todos os meios legais para a execução da determinação judicial. Além disso, a resistência tem que ser concreta, efetiva, pois ela não se presume.

Na hipótese de ausência do morador ou se estiver apenas um menor ou insano, será intimado algum vizinho, se houver, para presenciar a diligência, sendo permitido o arrombamento da porta e o uso de força contra as coisas da casa a fim de se realizar a busca. Porém, o Código de Processo Penal Militar determina que se deve tentar localizar o morador para lhe comunicar da diligência e esperar a sua chegada (art. 179, II, a, do CPPM).

Descoberta a coisa ou pessoa procurada, será apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes. Caso a diligência tenha resultado negativa, os motivos da busca deverão ser comunicados a quem a tiver sofrido, se o requerer, conforme dispõe o art. 247 do CPP. Essa regra expressa a preocupação do legislador quanto à legalidade das buscas. Tourinho Filho<sup>80</sup> afirma que tais informações devem ser dadas por escrito, devendo também ser entregue uma cópia do mandado judicial autorizando a busca, para evitar que, posteriormente, o morador alegue que houve abuso ou ilegalidade da medida.

Finda a diligência, deverá ser lavrado auto circunstanciado, descrevendo tudo aquilo que ocorreu durante a realização da busca. Esse auto deve ser assinado pelos executores, por duas testemunhas presenciais e, se possível, pelo morador e também pelo vizinho, caso esteja ausente o morador.

O art. 245 do CPP faz referência aos executores da busca domiciliar, concluindo-se, então, que esta deve ser efetuada por no mínimo dois executores.

<sup>80</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 371-372.

Ademais, como a polícia civil é o órgão com a função da polícia judiciária, o mandado de busca deve ser cumprido, em regra, pela polícia civil durante o Inquérito Policial e pelos oficiais de justiça durante a fase do processo judicial.

A busca, então, para ser válida deve ser executada segundo as formalidades presentes no CPP. Todavia, por mais que a busca seja legal, não há como se negar que a sua realização incomoda os moradores. É por isso que o art. 248 do CPP estabelece que “em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”.

Assim, o executor deve procurar somente aquilo que é o objeto da diligência, sendo que “encontrada ao acaso, eventualmente, coisa ou pessoa diversa e sem nenhuma relação com o fato perquirido, não se pode na busca originária, apreendê-las ou custodiá-las.”<sup>81</sup>

Quanto à busca e apreensão em circunscrição judiciária alheia, é regulada pelo art. 250 do CPP, o qual permite que a autoridade policial e seus agentes penetrem em “território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa”

Hélio Tornaghi<sup>82</sup> questiona se a polícia pode proceder à busca em outra unidade federativa e se cabe à lei federal dispor sobre isso. Esse autor entende que a União tem competência privativa para legislar sobre processo penal (art. 22, I, da CF), podendo atribuir funções aos órgãos da Polícia Estadual. Assim, o art. 250 do CPP confere poderes de aplicação de lei processual penal a quem, a princípio, não os teria, de modo que a autoridade policial e seus agentes, nos casos previstos neste artigo, podem proceder à busca em outro Estado. No entanto, o ingresso em circunscrição judiciária alheia deve ser comunicado à autoridade local antes da diligência, podendo ser posterior se houver urgência, isto é, se a interrupção da perseguição prejudicar a busca.

Todavia, esse artigo deixa claro que a busca em circunscrição judiciária alheia somente ocorrerá se a autoridade e seus agentes estiverem em seguimento

<sup>81</sup> PITOMBO, op. cit., p. 183.

<sup>82</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 473.

de pessoa ou coisa, ou seja, quando tendo conhecimento direto da sua remoção ou transporte, sigam-na sem interrupção, mesmo que depois a percam de vista, ou ainda que não a tenham avistado, mas por informações fidedignas ou por circunstâncias indiciárias saibam que a pessoa ou coisa está sendo removida ou transportada em determinada direção.

Assim, somente é válida a busca em circunscrição judiciária alheia nestas hipóteses, as quais devem estar configuradas de forma inequívoca, tanto é que o § 2º do art. 250 do CPP dispõe que as autoridades locais, se tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nessas diligências, ingressem em seu território, ou da legalidade dos mandados apresentados, podem exigir provas dessa legitimidade, mas de maneira que não se frustre a busca.

Diante do exposto, a observância das formalidades legais no procedimento da busca, assim como o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo são essenciais para que a busca seja legal. Mais do que isso, essas formalidades pertinentes à execução da busca asseguram, além da sua validade e eficácia, que os direitos e garantias constitucionalmente consagrados sejam protegidos de arbitrariedades.

## 5 APREENSÃO

Como já foi dito, a apreensão, apesar de receber tratamento legislativo unificado com a busca, é instituto de processo penal autônomo.

A apreensão pode ser decorrente da busca, da exibição voluntária ou de encontro casual. No presente trabalho será objeto de estudo a apreensão decorrente da busca profícua.

A apreensão significa o “apossamento, remoção e guarda de coisas – objetos, papéis ou documentos – de semoventes e de pessoas,... tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo”<sup>83</sup>, “é o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa da esfera de quem a detém.”<sup>84</sup>

A natureza jurídica da apreensão é controvertida. Hélio Tornaghi<sup>85</sup> a define como providência acautelatória, que pode ter fins penais (art. 240, § 1º, *b, c e d*, do CPP), processuais (art. 24, § 1º, *e, f e h*, do CPP, porque visa à prova do crime) e fins administrativos (art. 240, § 1º, *g*, do CPP), considerando a prisão de criminosos uma forma de apreensão com fins penais e processuais. Nota-se que este autor entende que a apreensão é a finalidade da busca.

Frederico Marques trata a busca e a apreensão como providências cautelares sobre a prova, assegurando a produção de provas relacionadas aos vestígios do crime, como “procedimento cautelar destinado a formar o corpo de delito e sobretudo o corpus *instrumentorum*, do fato delituoso, mediante atos de coação da Polícia Judiciária.”<sup>86</sup>

Enquanto parte da doutrina considera a apreensão como instituto de natureza acautelatória, há aqueles que a entendem como meio de prova<sup>87</sup>, meio de obtenção de prova<sup>88</sup> e até como coação processual penal lícita<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> PITOMBO, op. cit., p. 192.

<sup>84</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 470-471.

<sup>85</sup> Ibid., p. 471.

<sup>86</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 287.

<sup>87</sup> SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1993. v. 2. p. 169, apud PITOMBO, op. cit., p. 193.

<sup>88</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Busca e apreensão. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, p. 288, apud PITOMBO, op. cit., p. 193.

Diante dessa divergência, Cleunice Pitombo afirma que a natureza jurídica da apreensão, no processo penal, é variada e que “sua classificação vincula-se à função, que se lhe der. Pode assim, ser cautelar, meio de prova, e ainda, meio de obter prova.”<sup>90</sup>. Isso porque a apreensão pode servir, às vezes, à guarda ou conservação de elementos referentes ao delito, em outras pode servir como meio de prova, principalmente indiciária, mas também pode apresentar-se como medida cautelar, quando surja necessidade urgente de se apreender pessoa ou coisa.

O Código de Processo Penal estabelece que a finalidade da busca é a apreensão das coisas e pessoas elencadas no art. 240. Diante disso, tem-se que a finalidade da apreensão está no apossamento de tudo aquilo que esteja relacionado com o fato perquirido, com a *persecutio criminis*. Deste modo, não é admitida a apreensão de coisas que não tenham relação com o fato investigado.

O art. 240, § 1º, *h*, do CPP alude à colheita de qualquer elemento de convicção e não à apreensão, visto que há certas coisas que, por sua natureza, não podem ser objeto de apossamento, tais como o sangue, a saliva ou impressões digitais, que devem ser colhidos por técnicos especializados.

Ressalte-se que existem coisas que para serem apreendidas necessitam de cuidados e normas especiais, tal como ocorre com a apreensão de tóxicos e de armas de fogo, por exemplo. A apreensão de documentos e papéis também é delicada uma vez que envolve o sigilo e o segredo. Logo, para a sua apreensão é indispensável a observância das normas que garantem a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados (art. 5º, X e XII, da CF).

Assim, a apreensão de cartas, admitida pelo art. 240, § 1º, letra *f* do CPP, conflita com a norma constitucional que assegura a inviolabilidade do sigilo de correspondência, de tal forma que não foi recepcionada pela Constituição Federal.

Controvertida é a hipótese do encontro casual de coisa, decorrente do cumprimento do mandado de busca e apreensão, mas não relacionada com o fato investigado e nem com os motivos e fins da diligência.

<sup>89</sup> ESPÍNOLA FILHO, op. cit., p. 195.

<sup>90</sup> PITOMBO, op. cit., p. 201.

No direito português, Manuel da Costa Andrade<sup>91</sup> aponta como solução para essa hipótese a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos. Contrariando esse entendimento, Cleunice Pitombo<sup>92</sup> afirma que a coisa encontrada ao acaso, não relacionada com o fato investigado, em virtude de busca legal, não pode ser apreendida de imediato, devendo a autoridade policial preservar o local e providenciar autorização judicial.

Portanto, a apreensão decorrente da busca profícua está vinculada aos limites constitucionais e processuais desta, de modo que a apreensão resultante da busca ilegal não é válida, não podendo ser utilizada na instrução processual, da mesma forma que a apreensão ilegal proveniente de busca legal. Conforme ensinamento de Cleunice Pitombo, é “inadmissível pretender-se utilizar, em processo penal, qualquer elemento probatório, originário em ato viciado.”<sup>93</sup>

<sup>91</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 277. “A, que aguarda julgamento em prisão preventiva, escreve a B pedindo-lhe que subtraia ou falsifique documentos que podem vir a ser utilizados contra A em relação a crime diferente daquele que motiva a prisão preventiva. Também aqui cabe questionar se a carta, legalmente apreendida para efeitos do processo que levou à prisão preventiva, poderá ser igualmente valorada no processo em vista do qual foi solicitada a subtração ou falsificação dos documentos. A resposta afigura-se relativamente linear no domínio específico das buscas, onde nada parece contrariar a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos. Isto à vista de um preceito como o artigo 179.º do CPP- ou do ainda mais explícito § 108 da StPO alemã -, que de forma mais ou menos unívoca, autoriza a apreensão de todos os objectos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com um crime.”

<sup>92</sup> PITOMBO, op. cit., p. 228.

<sup>93</sup> Ibid., p. 226.

## 6 BUSCA E APREENSÃO E AS PROVAS ILÍCITAS

A busca e apreensão desenvolve um importante papel na instrução criminal, estando intimamente ligada à prova dos delitos, tanto é que, para a maioria dos autores, trata-se de providência cautelar que visa assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova. No entanto, a busca da verdade no processo penal não pode implicar na violação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de tal forma que a obtenção e produção da prova deve ser lícita para que seja considerada idônea e válida.

A Constituição da República assegura em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, o dever do Estado de buscar a verdade e punir os autores das infrações penais não pode estar baseado em provas obtidas ilicitamente, pois em um Estado Democrático de Direito, a busca da verdade deve ser processualmente válida e legalmente admissível.

A doutrina<sup>94</sup>, seguindo terminologia de Nuvolone, faz uma diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, as quais estão na categoria das provas vedadas no processo, ou seja, são aquelas provas que infringem uma norma legal ou algum princípio do direito.

Assim, a prova será ilegítima quando a sua obtenção violar normas processuais. A sanção para essa hipótese se encontra na própria lei processual, que pode determinar a nulidade do ato e a ineficácia da decisão que considerou a prova ilegitimamente produzida. Será ilícita a prova obtida com violação à norma de direito material, é “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”<sup>95</sup>. Para esses casos, a sanção é determinada pelo direito material e não pelo direito processual.

Assim, são consideradas provas ilícitas aquelas obtidas através da tortura, com violação do domicílio, das comunicações, da correspondência e desrespeito à intimidade do indivíduo.

<sup>94</sup> GRINOVER, op. cit., p. 96-99.

<sup>95</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.131.

A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima também se dá quanto ao momento em que ocorre a violação. Na prova ilegítima, a ilegalidade ocorre no momento da sua produção, da sua introdução no processo, ou seja, após a sua colheita. Já na prova ilícita, a ilegalidade ocorre no momento em que a prova é obtida, isto é, geralmente é anterior a sua produção no processo e exterior a este.

Assim, quanto às provas ilegítimas não há dúvida de que são inadmissíveis, uma vez que as próprias leis processuais estabelecem sanções para a prova obtida com infringência às suas normas.

No tocante à busca e apreensão, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho advertem que “irregularidades advindas da inobservância de regras processuais, tais como as omissões na elaboração do mandado ou a falta de sua leitura, influirão elas na maior ou menor confiabilidade da prova colhida na diligência, mas não a tornarão inválida.”<sup>96</sup>

Quanto à prova ilícita, muito se debateu sobre a sua admissibilidade no processo. Inicialmente, tendo em vista o grande valor que se dava à busca da verdade real e ao princípio do livre convencimento do juiz, a prova ilicitamente obtida era considerada válida e eficaz, devendo ser aplicada ao responsável as sanções penais, civis e administrativas cabíveis.

Com a Constituição de 1988, as provas ilícitas passaram a ser inadmissíveis, porém não foi explicitada qual a consequência de uma eventual introdução e valoração desse tipo de prova no processo.

Portanto, por mais relevantes que sejam os argumentos, como o da necessidade de se conter a criminalidade, de defender a sociedade, os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados acima de tudo, mesmo que em detrimento de uma verdade real. Dada a relevância que a nossa Constituição deu para os direitos e garantias individuais, considerando-as cláusulas pétreas, seria incoerente a admissão de uma prova obtida por meios ilícitos, através da violação dessas normas constitucionais, atacando direitos essenciais do cidadão. Assim, “não se poderia, é lógico, trazer à frente desses direitos, um eventual direito de sancionar um delito ou de apurá-lo, admitindo uma prova obtida de forma contrária à lei, sob o

<sup>96</sup> GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p.171.



pretexto da gravidade do delito ou da importância da prova, ou, ainda, em nome da liberdade do juiz de formar o seu convencimento.”<sup>97</sup>

A jurisprudência também é nesse sentido:

Prova – Obtenção por meio ilícito – Busca domiciliar efetuada durante o repouso noturno sem devida autorização legal, baseada exclusivamente em denúncia anônima -Fundada suspeita de ocorrência de flagrante delito não caracterizada – Falta de qualquer outro elemento comprobatório de materialidade do delito – Absolvição com fundamento no art. 386, II, do CPP decretada – Aplicação do art. 5º, XI e LVI, da CF. (Ap. 107.908.3/5, j. 25.03.1992, Rel. Celso Limongi, RT 670/273; e também com igual ementa, Ap. 83.634-3, j. 03.12.1990, Rel Dante Busana, RT 688/293).

RESP. CRIMINAL. NULIDADE. PROVA OBTIDA DE MODO ILÍCITO. A declaração de nulidade do processo, em decorrência de prova obtida por meios ilícitos, ou seja, sem as cautelas recomendadas no item XI, art. 5º, da Constituição Federal, afetando todo o procedimento, como anteriormente proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de *habeas corpus*, aproveita e interessa a todos os recorrentes na ação penal. (STJ, RESP 184877/RJ, j. 27/03/2001, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Logo, as provas obtidas através de buscas e apreensões ilegais, com infringência a normas constitucionais, com desrespeito à inviolabilidade de domicílio, à integridade física e moral do indivíduo, são inadmissíveis, não podendo a sentença estar fundada em prova obtida por meio ilícito.

## 6.1 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O tema das provas ilícitas envolve também a questão da teoria da proporcionalidade e o das provas ilícitas por derivação.

A teoria da proporcionalidade, desenvolvida na Alemanha, busca equilibrar o interesse do Estado em punir o criminoso e o de proteger os direitos fundamentais do cidadão. O princípio da proporcionalidade é invocado para aqueles casos em que a exclusão da prova ilícita geraria situações absurdas e desproporcionais. Assim, na colisão entre valores fundamentais, esta teoria busca um equilíbrio através do cotejo entre o malefício causado pela violação de normas na colheita da prova e o provocado à coletividade pelo criminoso, estabelecendo um juízo de admissibilidade ou não.

<sup>97</sup> MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 160.

Deve-se buscar o interesse predominante, o qual deverá ser preservado. Porém, por ser uma teoria em que se recorre ao subjetivismo para o julgamento da admissibilidade ou não da prova ilícita, sua aplicação é defendida excepcionalmente e em casos extremamente graves. Nesse sentido, Adalberto Aranha assevera que “em nome de um exagerado amor ao dogmatismo, grandes crimes e poderosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas.”<sup>98</sup>

O argumento de que se possa recorrer ao princípio da proporcionalidade, a fim de se dar prevalência ao interesse público na eficácia da repressão a determinados crimes em detrimento da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, pode tornar-se frágil, tendo em vista que foi a própria Constituição que ponderou os valores contrapostos e optou pelos valores fundamentais, em prejuízo da eficácia da persecução criminal.

Apesar da discussão quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão das provas ilícitas, Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>99</sup> afirma que é praticamente unânime a sua aceitação quando usada em favor do direito de defesa, o qual é assegurado pela nossa Constituição.

Logo, a prova ilícita é admitida quando favorável ao réu ainda que seja colhida pelo próprio acusado, pois a ilicitude é afastada pelas causas legais de sua exclusão, como a legítima defesa. Ademais, o direito à intimidade e suas garantias constitucionais não são absolutos e devem ceder quando em confronto com o direito à ampla defesa e ao princípio da presunção da inocência.

## 6.2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Quanto às provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas provas obtidas de forma lícita graças às informações extraídas de provas obtidas por meios ilícitos, há controvérsia na doutrina e jurisprudência.

<sup>98</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. 2. ed. ver. e ampl.. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 54.

<sup>99</sup> AVOLIO, op. cit., p. 72.

A doutrina proveniente da Suprema Corte norte-americana da teoria dos “frutos da árvore envenenada” prega que as provas ilícitas por derivação também devem ser excluídas do processo, pois a ilicitude na obtenção da prova, cuja informação extraída serviu para a obtenção legal de outra prova da mesma infração, comunica-se a esta.

No Brasil, Ada Pellegrini Grinover afirma: “posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são sim, igualmente banidas do processo.”<sup>100</sup>

Porém, a prova ilícita, quando não for absolutamente determinante para a obtenção da prova derivada ou se esta poderia ser descoberta por outra maneira, derivando de fonte própria, a ilicitude não se transmite e as provas derivadas são admitidas em juízo.

### 6.3 CONSEQÜÊNCIAS DA VALORAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

No direito brasileiro, apesar da divergência da doutrina em relação às provas ilícitas, após a Constituição de 1988, as provas obtidas por meios ilícitos não puderam mais ser admitidas no processo salvo quando utilizadas *pro reo*. Segundo Luiz Francisco T. Avolio, “ao prescrever a sua inadmissibilidade processual, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade”<sup>101</sup>

Contudo, na hipótese da prova ilícita ingressar no processo, como nem a Constituição nem o Código de Processo Penal prevêem as sanções cabíveis, estas decorrem dos princípios gerais do ordenamento jurídico. A Constituição, ao considerá-las inadmissíveis, não as têm nem sequer como prova. Logo, é uma ato inexistente juridicamente e, portanto, totalmente ineficaz. As provas ilícitas não produzem efeitos em qualquer momento processual. A sua ineficácia retroage ao instante do seu nascimento, devendo ser determinado o seu desentranhamento dos autos.

<sup>100</sup> GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p.135.

<sup>101</sup> AVOLIO, op. cit., p. 86.

Assim, a prova obtida de busca e apreensão ilegal, se tiver sido admitida e valorada pelo juiz na sentença, deverá ser desconsiderada pelo Tribunal, em grau recursal, que julgará a causa como se as provas ilícitas nunca tivessem existido.

Se a sentença tiver transitada em julgado, será declarada nula e, através da revisão criminal, com a desconstituição da sentença, o réu poderá até mesmo ser absolvido. Caso seja impetrado *habeas corpus*, o tribunal anulará a sentença.

No procedimento do Júri, a decisão da pronúncia baseada em provas ilícitas pode ser reformada tanto por via recursal quanto por via do *habeas corpus*. Caso se consuma a preclusão e não seja impetrado *habeas corpus*, o veredicto dos jurados será nulo. Se as provas ingressarem no processo, mas não chegarem ao conhecimento dos jurados, serão simplesmente desentranhadas dos autos e, se houver referência a elas em plenário, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença.

Isto exposto, conclui-se que as provas obtidas a partir de buscas e apreensões ilegais, ferindo direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não podem ser admitidas no processo, mesmo que isso signifique prejuízo na investigação da verdade real. Esse entendimento serve de barreira para a polícia na realização de buscas e apreensões com infringência a normas legais, já que eventuais provas obtidas na diligência não poderão ser usadas.

## CONCLUSÃO

Após um breve estudo no processo penal à luz da Constituição, conclui-se que o instituto da busca e apreensão tem limites, ou seja, para ser válido e eficaz, é preciso que se realize conforme as formalidades legais previstas no Código de Processo Penal e respeitando-se os direitos e garantias fundamentais do indivíduo assegurados na Lei Maior.

O direito à intimidade, tutelado indiretamente pelas Constituições anteriores, principalmente através da proteção da casa do indivíduo, foi consagrado explicitamente na Constituição de 1988, ao lado da vida privada, da honra e imagem. Trata-se de um direito da personalidade, sendo a inviolabilidade de domicílio uma das manifestações desse direito. É uma garantia que, em conjunto com as previsões expressas na Constituição asseguradoras da integridade física e moral e da inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos, protege a intimidade do cidadão.

Apesar desses direitos não serem absolutos, pois não podem ser exercidos de modo danoso aos direitos fundamentais de outros indivíduos e nem à ordem pública, a sua restrição deve estar prevista em lei ou na Constituição e pautar-se no princípio da proporcionalidade. Os motivos para a restrição têm de ser relevantes, pois a medida limitadora do exercício pleno do direito fundamental somente pode ser aplicada se houver absoluta necessidade e se for imprescindível ao alcance do fim almejado.

Assim, para que a busca pessoal ou domiciliar possa ser autorizada pelo juiz, é preciso fundadas suspeitas ou razões, as quais devem ser demonstradas no caso concreto.

A Constituição determina as hipóteses em que a entrada em casa alheia, sem o consentimento do morador, é permitida: flagrante delito, desastre ou para prestar socorro e, durante o dia, além destas, também por determinação judicial. Mesmo não trazendo a definição do termo casa, seu conceito deve ser elástico, abrangente, pois apenas uma interpretação de acordo com os valores consagrados na Carta Magna garante os indivíduos contra os abusos e arbitrariedades do Estado.

Portanto, as formalidades previstas no Código de Processo Penal são para que a diligência tenha bom êxito, isto é, seja válida e eficaz, mas também para assegurar que os preceitos constitucionais não serão violados.

A busca e a apreensão, apesar de tratadas conjuntamente no Código de Processo Penal, são institutos autônomos, tanto é que pode haver busca sem apreensão e apreensão sem busca. No entanto, a apreensão decorrente de busca profícua está vinculada aos seus limites constitucionais e processuais.

Além disso, a posição ocupada por esses institutos no Código também não é acertada e de boa técnica, uma vez que a busca, nem a apreensão, constituem meio de prova. Para a maioria da doutrina, tratam-se de providências de natureza acautelatória para garantir a produção de provas referentes à prática criminosa, evitando seu desaparecimento.

Contudo, apesar da ligação estreita da busca com a prova criminal, a busca tem por finalidade, além de procurar vestígios de infração, semoventes, coisas e objetos previstos no art. 240 do CPP, prender criminosos e apreender vítimas de crimes. Já a natureza da apreensão depende da função que tiver, podendo ser ora cautelar, ora meio de prova, ou ainda, meio de obtenção de prova.

Tendo em vista a importância da busca e da apreensão para a prova no processo penal, a sua relação com os direitos e garantias fundamentais e a proibição expressa no art. 5º, LVI da Constituição, as provas ilegítimas, obtidas com violação às normas processuais, bem como as provas ilícitas, obtidas com violação às normas da Lei Fundamental, não podem ser utilizadas no processo. Caso as provas obtidas através de meios ilícitos sejam admitidas e valoradas pelo juiz, serão consideradas como atos inexistentes, de modo que não produzirão efeitos em nenhum momento processual.

Portanto, tem-se que a busca e a apreensão estão relacionadas aos direitos e garantias fundamentais que tutelam a liberdade e intimidade, de maneira que o poder-dever do Estado em reprimir e punir os crimes deve observar os seus requisitos de validade. O processo penal é instrumento de garantia das liberdades do cidadão, de efetivação dos direitos postos na Constituição e de limitação da intervenção estatal. A busca e apreensão deve, então, ser compreendida dentro da finalidade do processo penal, ou seja, como instrumento de persecução do réu mas também como garantia do acusado.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. ver. e ampl.. São paulo: Saraiva, 1994.
- ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROS, Antonio Milton de. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e a aplicabilidade das normas constitucionais**. São paulo: Saraiva, 1982.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1981. v. 1.
- DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal anotado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 3.
- FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e da intimidade. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 210-230. Cadernos 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdade públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed.. São paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GROTTI, Dinorá A Musetti. **Inviolabilidade de domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Ed. de Direito, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal segundo a jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9296/96 e seus reflexos penais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9º ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.



TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.