

BENEDITO LUCIO DE SOUZA

**DA BUSCA E APREENSÃO
COM ADVENTO DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**CURITIBA
1992**

BENEDITO LUCIO DE SOUZA

**DA BUSCA E APREENSÃO
COM ADVENTO DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**Monografia apresentada ao Curso
de Especialização em Ciências
Penais, turma 1990, da Universi-
dade Federal do Paraná.**

Coordenação:

**Dr. Jacinto Nelson Miranda Cou-
tinho.**

**CURITIBA
1992**

SUMÁRIO

	<u>APRESENTAÇÃO</u>	1
	<u>INTRODUÇÃO</u>	2
1	<u>FATORES HISTÓRICOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL</u>	3
1.1	OUTRAS CONSIDERAÇÕES DE ASPECTO INTERNACIONAL ..	4
1.2	INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO	5
1.3	NATUREZA DO DIREITO PROTEGIDO	7
1.4	SUJEITO PASSIVO	7
1.5	O QUE É CASA	10
1.6	DOMICÍLIO SOB O ASPECTO CIVILISTA	11
1.7	FORMAS DE AÇÃO	13
1.8	LOCAL CARACTERIZADOR DA PRÁTICA INFRACIONAL	14
1.9	CONSUMAÇÃO DO DELITO	17
1.10	CASOS EM QUE A LEI NÃO CONSIDERA CRIME A ENTRADA	17
2	<u>BUSCA E APREENSÃO</u>	21
2.1	NOÇÕES GERAIS	21
2.2	OPORTUNIDADE	22
2.3	INICIATIVA	22
2.4	BUSCA DOMICILIAR	23
2.5	DOMICÍLIO	25
2.6	INVIOLABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA	26
2.7	CONDIÇÃO DE LEGITIMIDADE	28
2.8	MOMENTO OPORTUNO PARA SE REALIZAR A BUSCA	29
2.9	EXECUTORES	32
2.10	DILIGÊNCIA REALIZADA SEM SER ENCONTRADO O PROCURADO COISA OU PESSOA	34
2.11	BUSCA EM ESCRITÓRIO DO ADVOGADO	34
2.12	BUSCAS NAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS	35
3	<u>PRIMEIRAS PROVIDÊNCIAS</u>	38
3.1	BUSCA E APREENSÃO	38
3.2	FORMAS DE BUSCA	38
3.3	LOCAIS DE MAIOR INCIDÊNCIA À BUSCA	39
4	<u>BUSCA PESSOAL</u>	42
4.1	FUNDADAS SUSPEITAS	42
4.2	BUSCA EM MULHER	43
4.3	APREENSÃO SEM BUSCA	43
4.4	COISAS OBTIDAS COM PROVENTOS DA INFRAÇÃO	44

5	<u>PROVIDÊNCIAS CAUTELARES</u>	45
5.1	BUSCA E APREENSÃO	45
5.2	REPRESENTAÇÃO	46
6	<u>LOCAIS DE CRIMES</u>	48
6.1	OPORTUNIDADE	48
6.2	QUANTO À INTERLIGAÇÃO.....	49
6.3	A BUSCA	49
6.4	COMO DEVEM SER REALIZADAS AS BUSCAS	49
6.5	EXIBIÇÕES	50
6.6	ARRECADAÇÕES	50
7	<u>EXECUÇÃO DA BUSCA</u>	51
7.1	EXECUÇÃO DA BUSCA DOMICILIAR	51
7.2	CAUTELAS A SEREM ADOTADAS	51
7.3	CONSIDERAÇÕES SOBRE APREENSÃO DE ADOLESCENTES ..	53
	<u>ANEXOS</u>	55
	<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	67

APRESENTAÇÃO

A escolha do tema Da Busca e Apreensão, em a Constituição Federal de 1988, se deu em decorrência das dificuldades criadas para a realização das diligências de busca e apreensão, com advento da necessidade da "Determinação Judicial" expedida pelo juiz competente, o que por certo causou grande prejuízo aos trabalhos policiais, haja vista que, geralmente as diligências requerem sejam feitas prontamente sob pena de prejuízos às investigações policiais, bem como a instrução criminal, pois a estrutura do Poder Judiciário de um modo geral é muito limitada, especialmente nas comarcas iniciais e intermediárias, onde não existe o juiz de plantão, e sendo medida de urgência a realização da diligência, estas se tornam muito prejudicadas. Quando não, tais necessidades inibem a própria ação policial, sabedora de que tais medidas seriam autorizadas extemporaneamente, na Constituição anterior, embora a proteção da inviolabilidade do domicílio fosse mantida, como exceção, a Lei permitia havendo fundadas razões, que a Autoridade Policial a fizesse diretamente ou através de Mandado de Busca e Apreensão, por seus agentes, e para garantir o respeito às garantias individuais a própria Lei punia com rigor os excessos cometidos pelos executores da busca e apreensão.

INTRODUÇÃO

Para a devida compreensão do estudo da busca e apreensão, se faz mister uma incursão no campo do princípio constitucional da **Inviolabilidade do Domicílio**, o qual contrapõe e estabelece limitação para a execução da busca e apreensão, esta, tão necessária e imprescindível para coleta de prova material, como: recuperação de "resfurtivas" em poder de delinqüente; busca de documentos a fim de comprovar a materialidade do delito, busca e apreensão de pessoas para cumprimento de Mandado de Prisão, etc.

1 FATORES HISTÓRICOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL

A Inviolabilidade do Domicílio, foi consagrada pelo humanismo político do século XVII, e em tendo os países democráticos a contemplado como dogma constitucional.

Em nosso país a Constituição Federal do império em 1824, contemplou o princípio da inviolabilidade do domicílio como dogma constitucional em seu artigo 179, inciso VII, que dispunha o seguinte: "Todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento ou para o defender de incêndio e de inundação e de dia só será franqueada nos casos e pela maneira que a Lei determinar".

Se depreende da leitura do dispositivo citado, que a Constituição de 1824 adotou o princípio absoluto da Inviolabilidade do Domicílio, proibindo terminantemente a entrada na casa durante a noite, salvo para defender o morador no caso de incêndio ou inundação; porém durante o dia é relativo quando autoriza a entrada nos casos em que a Lei estabelece.

A Constituição Republicana de 1891, preservou como dogma Constitucional o princípio da Inviolabilidade do Domicílio quando estabelece em seu artigo 72, parágrafo 11, o seguinte: "Todo cidadão tem em sua casa o asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão em caso de crime ou desastre; de dia só será franqueada na maneira que a lei determinar".

Confrontando os dois dispositivos, pode-se observar que a Constituição Republicana de 1891, não acompanhou o legislador de 1824, pois abriu uma exceção para o ingresso na casa do cidadão, ainda que durante a noite, pois além da entrada para defendê-lo em caso de incêndio e inundação, possibilitou também a entrada no caso de crime que estivesse ocorrendo no interior da casa.

A Constituição de 1937, a qual foi outorgada sob a égide do Estado prepotente, manteve o texto constitucional de 1891, porém acrescentou a expressão "**salvo as exceções expressas em lei**", o que realmente fulminou com a garantia constitucional uma vez que uma lei ordinária poderia determinar as exceções referidas.

O legislador constitucional de 1946, retomou a técnica tradicional, quando fez inserir no texto constitucional em seu artigo 141, parágrafo 15, o seguinte: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém pode penetrar nela à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a Lei estabelecer".

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, manteve "ipse litere" o que dispunha a Constituição de 1946. Como se pode observar as três Constituições de 1946, 1967 e de 1969, deixaram de usar a expressão "cidadão" e passaram a utilizar a expressão "indivíduo", tendo esta uma relevância maior pois além dos nacionais passou também a proteger o estrangeiro que morasse, ou viesse ter uma estada em nosso país, pois cidadão compreende "aquele indivíduo que se encontra no gozo de seus direitos civis e políticos de um Estado", enquanto que o indivíduo "é aquilo que não se divide, é um ser que constitui um todo distinto em relação à espécie a que pertence". Como se pode observar com o novo texto além de abranger os não-nacionais, também contemplou os cidadãos nacionais que temporariamente por determinação legal, estivessem desprovidos da cidadania, como menores, alienados mentais, condenados cumprindo penas domiciliares ou albergados, etc. O dispositivo contemplado na Constituição de 1967, foi o artigo 153 § 10. Estabelecia: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, sem consentimento do morador a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e da forma que a Lei estabelecer".

1.1 OUTRAS CONSIDERAÇÕES DE ASPECTO INTERNACIONAL

A velha afirmação do liberalismo inglês "my house, my castle", tem sido um dos mais respeitáveis ideais dos povos democráticos. Em princípio as constituições dos Estados evoluídos e democráticos, consideram o princípio da inviolabilidade como regra absoluta, quando permite a entrada em casa alheia apenas para acudir o morador quando o mesmo é vítima de crime ou desastre durante o período noturno, e durante o dia, apenas naqueles casos em que a Lei estabelecer.

Em direito constitucional a conotação da palavra domicílio não tem o mesmo significado do direito civil; neste, domicílio é considerado o lugar onde a pessoa natural permanece com ânimo definitivo; no aspecto constitucional e penal domicílio tem o mesmo significado da expressão "casa", sendo genericamente considerada a morada, residência, locais de traba-

lho, escritório, oficinas, compartimentos fechados, quartos de hotéis, motéis, etc., enquanto não-franqueados ao público, abrangendo ainda o quintal e demais dependências. Para que se caracterize realmente a violabilidade do domicílio, se faz necessário que o local esteja realmente habitado, lugar onde não há ninguém, não pode ser objeto do delito de violação de domicílio. O princípio se dirige às autoridades públicas e particulares.

1.1.1 Fatores históricos

Segundo os historiadores, o princípio da Inviolabilidade do Domicílio, se deu em decorrência do direito de propriedade.

Conforme ensinamento de "Fustel de Colanges", na antiguidade os gregos e romanos consideravam sagrada a casa residencial, onde se adoravam o Deus "Penates", protetor da família. Entre os gregos não se admitiam nem mesmo a meação nos muros, os quais teriam que distar entre si cerca de 2,5 m (dois metros e meio), esta zona neutra era destinada aos deuses e considerada eminentemente sagrada.

No Cristianismo, não se considerou a característica fictícia da casa residencial considerada pelos gregos e romanos, porém, lhe atribuiu um caráter semi-sagrado, quando considerou que o lar se assenta com o casamento, que para a igreja é um dos sacramentos.

Na época feudal, os castelos feudais não eram nada mais do que grandes casas de moradia, tanto quanto os solares da idade moderna que gozavam de absoluta inviolabilidade.

O "Common Law" britânico, traduziu o princípio do "my house my castle", fundado no qual o 1º PITT nos comuns que "o mais pobre dos homens podia desafiar na sua casa, todas as forças da coroa".

Na América do Norte, as Declarações de Direito dos Estados Membros Americanos, incorporaram ao seu texto da "Sanctity of the Home", consagrando também o princípio de direitos e garantias individuais da Inviolabilidade do Domicílio.

1.2 INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

1.2.1 Constituições federais brasileiras do império

Introduziram de maneira salutar o princípio no seu texto, da inviolabilidade do domicílio, permanecendo na íntegra

através de quatro constituições republicanas "In Verbis": "Todo cidadão tem em sua casa o asilo inviolável. De noite, não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada em casos e pela maneira que a Lei determinar" (art. 176, item 7º).

A única alteração substancial das Constituições republicanas foi de haverem introduzido a proteção ao indivíduo (ser humano, nacional ou estrangeiro), enquanto que a do império contemplava o "cidadão" (nacional, titular, ou não, de direitos políticos, ao tempo) (CF 1891, art. 72 § 11; CF - 1946, art. 141 § 15). A Carta de 1937 alterou a redação do dispositivo, reduzindo-o a quatro palavras "o domicílio é inviolável, salvo as expressões expressas em Lei" (art. 122, item 6º Constituições Federais de 1946, de 1969, art. 153 § 10).

1.2.2 Consagração da lei penal

Decreto-Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

Art. 150: "Entrar ou permanecer, clandestinamente ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências".

Ao tutelar a inviolabilidade de domicílio, o Código Penal assegurou a liberdade do indivíduo, protegendo-o em sua tranqüilidade e paz íntima.

1.2.3 Consagração da lei maior

Constituição Federal de 1988.

Art. 5º, inciso XI: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

A Constituição Federal consagra o princípio da Inviolabilidade de Domicílio como postulados do Direito e Garantias Individuais, sendo o Código Penal sancionador deste postulado, ameaçando com pena aquele que perturbar o direito da pessoa de viver livre e tranqüila em sua casa.

É óbvio que sem essa proteção, jamais o indivíduo poderia agir de acordo com suas necessidades, pois é, no recesso do lar que ele encontrará o sossego e tranqüilidade indispensável para restabelecer as forças gastas na luta de hoje, re-

compondo as energias necessárias para o embate do amanhã.

1.3 NATUREZA DO DIREITO PROTEGIDO

Não se trata pois, como querem alguns autores que consideram a proteção ao patrimônio (defendendo-se a posse ou a propriedade) a segurança pessoal ou a ordem pública. É manifesto que a proteção não é feita à coisa em si, mas sim à preservação do indivíduo contra a ação que o molesta na sua liberdade privada ou doméstica (natureza é a proteção da paz interna do indivíduo).

1.4 SUJEITO PASSIVO

Em princípio é o morador, aquele que pode anuir a oposição da entrada de alguém; porém todos aqueles que têm o direito e exercem contra todos inclusive contra o proprietário, tal pessoa é em regra, o pai ou a mãe, chefes da família. Na ausência destes, invoca-se o direito de exclusão passando a exercê-lo os filhos, criados e outras pessoas dele dependentes. As últimas conservam o direito de exclusão de entrada em seus aposentos contra estranhos, desde que, entretanto, não se oponham com isso, à vontade dos chefes da família. "Não prejudica a caracterização do crime de violação de domicílio, o consentimento da criada para que terceiro penetre em cômodo a ela destinado, contra a vontade presumida ou expressa, do dono da casa". O acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, prevalece como: é natural na dissensão entre o chefe de família e os outros, a vontade daquele. A menos que haja motivo justo, pode ele exercer sua vontade por intermédio de outrem, do porteiro, cujo mister quase se cifra na admissão ou exclusão da entrada, mas em nome do patrão.

Não sofre alteração em caso de habitação coletiva (ex.: convento, colégio, etc.), quando o direito de admitir ou impedir cabe ao chefe superior ou diretor, etc. Quando a habitação é de completa igualdade, ensina Manzini. A cada um dos moradores, sejam ou não parentes, corresponde à titularidade a faculdade de exercer o direito de admissão ou exclusão. Se a vontade é a mesma, não há qualquer dificuldade, mas se é divergente, prevalece o princípio "mellior est conditio, prohibentis". Neste último caso, será difícil demonstrar a boa fé do estranho.

Em princípio, prevalece a vontade do chefe de família, desde que não seja violado o seu dever de proteção à prole,

isto é, expor a perigo o direito de liberdade doméstica, correspondente a cada um dos conviventes.

Tratando-se de prédio de habitação coletiva, caso dos condomínios (apartamentos) etc., não há dúvida quanto aos lugares ocupados; porém, suscita alguma dúvida quanto aos lugares de uso comum como: átrios, vestíbulos, corredores, etc. Cada um dos moradores é titular de direito de exclusão e admissão com relação ao estranho a esses lugares. Se entretanto divergem, aplica-se ainda o princípio "mellior est conditio prohibentis", não por mero capricho, despeito, etc., e não prejudique interesse equivalente ou maior daquele que permite.

1.4.1 Ação física

Consiste nos núcleos entrar ou permanecer. A primeira equivale a introduzir, transpor, penetrar, invadir, ingressar e até mesmo adentrar o analogismo registrado por Cândido Figueiredo. Permanecer, consiste em ficar, persistir, continuar, insistir e conservar-se, isto é, a violação da Lei pode ser dada por duas formas, uma por ação e a outra, por omissão.

Na primeira, o agente adentra a residência sem a permissão de quem de direito, subrepticamente, ou deliberadamente. Na segunda, o agente após se encontrar no interior da casa, sua presença não é mais desejada, e o mesmo persiste em permanecer contra a vontade do morador. Nesta situação pode se encontrar até mesmo o morador da residência. No momento em que não é mais desejada sua permanência, o mesmo deixa de acatar determinação do titular de se retirar.

Para que a ação do agente subsuma a norma penal, se faz necessário que este transponha o limite, entre em casa e via pública, com a intenção clara e inequívoca de invadir a casa. Se a devassa se dá à distância com utilização de instrumento como: binóculos ou luneta, ou do próprio olho nú, não se configura.

Admite-se a tentativa, quando o agente deliberadamente ou clandestinamente tenta adentrar a "casa", sendo obstada por alguém sua ação, não se dando a entrada efetiva por circunstância alheia à vontade do agente.

Torna-se mais difícil a caracterização da forma tentada na segunda figura, que se trata da permanência, pois neste caso a recusa tem que ser categórica; a simples manifestação insistindo em permanecer, mas o agente vai vagarosamente saindo da residência sem causar grande transtorno ao morador, não configura o delito; porém se este permanece imóvel, não praticando qualquer ato no sentido de deixar a casa, inclusive sen-

do obrigado a ser retirado mediante força física (ex.: mantém-se imobilizado, não acatando a ordem do morador, sendo este obrigado a arrastá-lo para fora), entende-se neste caso, que o delito está consumado.

Formas previstas na entrada da "casa" sem o devido consentimento:

1. **Entrada parcial**, em que o agente introduz um braço ou uma das pernas no interior da casa, ou do muro que guarnece o imóvel; neste caso não se consumou o delito, considerando a intenção do agente poder-se-á considerar sua ação como tentativa.

2. **Entrada efetiva** no imóvel do agente com o consentimento do morador, porém sua permanência não é mais desejada, tendo sido pelo morador, determinada sua saída; mas o agente persiste em não atender tal determinação, recusando-se a deixar a residência. Exemplo: caso do amigo distante que vem visitar o morador, o qual é recepcionado e desejada e muito sua permanência; porém por qualquer motivo se desentendem e o titular não mais deseja a permanência da visita, e esta por sua vez se recusa terminantemente a deixar a casa.

Terceira hipótese se dá quando o agente decide enfrentar decididamente a vontade do morador, e insiste terminantemente em adentrar ao imóvel, a recusa pode se dar da maneira expressa ou tácita. A primeira, através da palavra, gestos e atos, enquanto que a segunda consiste em circunstâncias, incompatível ou inconciliável com a vontade do titular.

Apreciando caso muito discutido entre os doutrinadores, referente à situação em que o amante da mulher do dono da casa, que nela penetra com o consentimento dela, mas com ignorância daquele, comete o crime de adultério ou de violação de domicílio, ou ambos cumulativamente. Para Bento de Faria, o agente não comete o crime de violação de domicílio; entende que na ausência do marido, à mulher compete autorizar a entrada de pessoas em sua casa.

Outros entendimentos existem, inclusive julgados de tribunais admitindo a prática do delito na hipótese citada. Florian ensina que, deve-se levar em consideração o dolo e a periculosidade do agente, indagando se é possível aceitar que, impelido por um fim ilícito e imoral, o agente possa pensar que a vontade do marido lhe seja favorável. Manzini entende que o adúltero que adentra a residência da adúltera, o faz furtivamente, aproveitando-se da ausência do marido, seu comportamento é clandestino. O mesmo ocorre com o amante da filha ou da criada que age da mesma forma. Magiore entende também favorável a caracterização da invasão de domicílio, afirmando que deve-se levar em consideração o comportamento do titular e

sua personalidade, tornando-se absurda a hipótese de seu consentimento em face do fim ilícito do agente, o dissenso deve considerar-se necessariamente implícito. O mesmo ocorre do modo inverso, quando a amante do marido adentra a casa para fins de adultério (CF, 1988).

A entrada ou permanência deve dar-se em casa alheia ou suas dependências, conforme dispõem os parágrafos 4º e 5º do art. 150 do CP. A expressão casa juridicamente compreende uma grande amplitude, conforme já citado, não abrangendo apenas a casa propriamente dita, mas sim, qualquer compartimento habitado, embora o "nomem juris" do delito seja "Violação de Domicílio", preocupando-se principalmente com a casa onde se exerce atividade familiar ou doméstica, é em regra o edifício a construção, porém pode abranger também um móvel como: carros dos saltinbancos, cabine de um trem, cabine de um navio. Alguns consideram que até mesmo o automóvel, trailer devidamente habitado, se equiparam ao domicílio citado na Lei.

1.5 O QUE É CASA

O vocábulo "casa", compreende em nosso direito positivo, conforme o Código Penal Brasileiro de 1940, em seu artigo 150 § 4º. Dispunha como sendo casa, qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade.

1.5.1 Asilo

Corresponde ao inglês como sendo "sanctuary" (refúgio, abrigo, couto, valhacouto, guarida, proteção). Designa o lugar protegido a "fortaleza" o "reduto" em que o indivíduo encontra a paz e o sossego ("my house, my castle"). Do grego "ascilon, ad literam", tem o sentido de lugar onde alguém se encontra a salvo do perigo iminente, de cuidados da fadiga, de preocupações. A expressão técnica de direito de asilo designa um direito internacional, e em direito eclesiástico, o direito de inviolabilabilidade, conferido a determinado lugar de caráter sagrado. O vocábulo "asilo" foi empregado nas Cartas Constitucionais de 1824, 1891, 1946, 1967, 1969 e 1988. "Asilo Inviolável" é espécie de inviolabilabilidade da pessoa física.

1.5.2 Casa asilo inviolável

O Direito Penal dando cumprimento ao dogma Constitucional objetivou dar proteção aos direitos e garantias individuais da Inviolabilidade do Domicílio, garantindo ao cidadão, o direito de ir e vir, de ficar e permanecer, consistindo na inviolabilidade da casa, do lar, que é a proteção de permanecer em sua casa no local onde exerce suas atividades protegido, sem o perigo de que o Estado ou qualquer indivíduo aí penetre sem sua autorização ou consentimento. A casa é a proteção, a fortaleza, o castelo forte, o reduto do homem e, por isso, inviolável. Inviolabilidade da casa é o mesmo que inviolabilidade do domicílio, de apartamento, choupana, choça ou de cabana.

1.5.3 Ninguém

A expressão "ninguém", refere-se a outras pessoas. Diretamente se destina às Autoridades Públicas, àquelas que exercem poder de polícia, que pretende entrar na casa sem o consentimento do morador e, valendo-se da força, da violência, indiretamente destina a todas as pessoas que pretendam entrar na casa da mesma forma. A inviolabilidade não se dá quando as casas são de natureza pública, como estalagem, tavernas, hotéis e motéis enquanto estiverem abertos ao público (conforme João Barbalho, Comentários, Rio, 1902, 318, exceto quanto a hotéis e motéis). O que a Constituição quer estabelecer é a casa, o lar, a moradia, conforme preceitua Marco Tulio Cícero, no Prodomo, 41 "quid est sanctis, quid homini religione munitus uni usacius que quam civium domus"? (O que é mais sagrado é o mais protegido do que toda religião, do que a casa de cada um?). "Nemo de domo sua extrahi debet", Citado por Laveleye, em "Le gouvernement dans la democracie", 1892, V, II, p.132, Lord Chatam dizia com razão.

1.6 DOMICÍLIO SOB O ASPECTO CIVILISTA

O Direito Romano estabeleceu uma noção bastante clara quanto à expressão "domicílio", partindo da idéia de casa "domus" fixando o conteúdo jurídico em razão do estabelecimento ou permanência do indivíduo naquele lugar. É absoluta a simplicidade do conceito aliando-se à idéia de lar, ou residência relacionando ainda a fortuna ou interesse, o domicílio traduz segundo a concepção romana, um fato singelo em sua ma-

terialidade, estabelecendo do lar a conceituação do centro de interesse econômico.

A Escola Francesa atribui uma relação jurídica entre uma pessoa e um lugar, admitindo um vínculo direto entre o lugar e a pessoa.

A doutrina alemã retomou o conceito da escola romana desvinculando qualquer relação jurídica entre uma pessoa e um lugar em que se encontra, permitindo-se a conceituação de domicílio com centro de relações de uma pessoa.

Nosso Código Civil de 1916, optou pela conceituação da legislação suíça, estabelecendo em seu artigo 31, que: "domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência, com ânimo definitivo" conjugando dois elementos, sendo um material e outro psíquico; portanto, o legislador nacional adotou duas ordens de idéias: uma externa, quanto à residência e outra interna, quanto à intenção de permanecer. Os civilistas brasileiros ainda fazem distinção entre: morada, residência e domicílio, considerando a morada como sendo o lugar onde a pessoa chega e fica para uma pousada eventual (exemplo, o caso do veranista que aluga uma casa no litoral, para passar alguns dias, objetivando partir de novo. Residência, local onde a pessoa chega e fica com intenção de uma certa estabilidade que pode ser maior ou menor, de modo relativo. Domicílio, considera-se a residência mais o ânimo definitivo de ali permanecer. Enquanto que a residência é uma circunstância de fato, o domicílio é de direito. Para transformar a residência em domicílio, basta acrescentá-la o ânimo definitivo de nela permanecer.

Dentre outras classificações, cabe salientar a do domicílio legal, que é considerado o local onde o condenado cumpre a sentença. Portanto é de caráter individual, não se estendendo a seus familiares.

O Artigo 32 do nosso Código Civil, define ainda a multiplicidade de domicílio considerando onde a pessoa natural pratica diversas diligências onde alternativamente viva, ou onde ocupa vários centros de atividades habituais. Considerar-se-á quaisquer destes ou daquelas, quanto à pessoa que não possua residência habitual (art. 33). Ter-se-á por domicílio, o ponto central dos negócios da pessoa natural ou o lugar onde for encontrada.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 150, consagrou a Inviolabilidade do Domicílio, assegurando à lei, a tutela da liberdade do indivíduo, protegendo-o em sua tranquilidade e paz íntima.

A Inviolabilidade do Domicílio, é princípio firmado pelas nossas Constituições, tendo o Código Penal como sanciona-

dor deste postulado, ameaçando com pena quem perturbar o direito que a pessoa tem de viver livre e tranqüila em sua casa. É óbvio que sem esta proteção, jamais ela poderia atuar e agir de acordo com suas necessidades, pois é no recesso do lar que a pessoa encontrará o sossego indispensável que lhe restaurará as forças na luta de hoje e a prepara para o embate de amanhã.

Alguns autores consideram a tutela do patrimônio, o que não condiz com a realidade, pois não visa a propriedade ou posse, não protege a casa propriamente dita como coisa, que é protegida no setor dos delitos patrimoniais (exemplo, com a punição do dano, relativamente ao bem jurídico, pode-se dizer que todo crime atenta contra eles, ao passo que a proteção da Lei agora é preservar o indivíduo contra a ação que o molesta na sua liberdade privada e doméstica.

1.7 FORMAS DE AÇÃO

1.7.1 Entrada ou permanência clandestina

Entrar ou permanecer, as duas formas há que ser clandestina, realizadas às ocultas, às escondidas ou furtivamente. Pode dar-se a introdução por via normal ou anormal, mas sempre será clandestina, quando se realizou sem a ciência do sujeito passivo. Ocorre da mesma forma quando o agente fica escondendo, ocultando-se, gerando crença no titular que havia saído.

1.7.2 Forma astuciosa

Quando há emprego de ardil, artifício, etc. Exemplo, caso do empregado encarregado de fazer a leitura do contador de consumo de água ou energia que utilizando de sua prerrogativa adentra a "casa", para exercer sua função e aproveitasse e permanecesse sem consentimento do morador, utilizasse do meio mencionado clandestino e astuciosamente para conseguir seus objetivos.

1.7.3 Forma ostensiva

Neste caso o agente enfrenta decididamente a vontade do titular ou residente (qualquer que seja o seu título desde que seja legítimo). Opõe-se, então, seu querer que pode ser expresso, isto é, manifestado por palavras ou gestos, escritos, tácitos em atos, quando se deduz de fatos, de comportamento, de circunstâncias em casos concretos, incompatíveis ou incon-

ciliáveis, com a vontade ou permanência, ou entrada.

Cabe analisar o caso sempre discutido em que o amante da mulher do dono da casa, que nesta penetra com o consentimento dela, mas, com a ignorância daquele, cometerá o adultério ou o crime de violação do domicílio?

Entre os legisladores pátrios, opina Bento de Farias pela negativa, dizendo que na ausência do marido, pode a mulher autorizar a entrada na residência. Outros portanto, pronunciavam-se afirmativamente. Florian alude ao dolo e à periculosidade do agente perguntando se é possível conceber que, impellido por um fim ilícito e imoral, o agente possa pensar que a vontade do marido lhe seria favorável no exemplo dado.

Manzini diz textualmente que, "o adúltero que com consentimento da adúltera, penetra furtivamente na casa conjugal, enquanto o marido se encontra ausente, se comporta sem dúvida clandestinamente, como o amante da filha ou da criada que agem do mesmo modo".

E Magiore conclui: "toda vez que circunstâncias de fato, com referência especial ao comportamento do titular e à sua personalidade, torna absurda a hipótese de seu consentimento em face do fim ilícito do culpado, o dissenso deve-se considerar necessariamente implícito". Argumento não-considerado decisivo do festejado jurista, a mulher realmente tem aquele direito desde que esteja de conformidade com a vontade do marido, considerado antigamente como chefe da família e no gozo do poder marital, não como conceber que em relação a estranhos, num mesmo lar haja duplicidade de vontade, e se houver como deve prevalecer a vontade do casal, desnecessário informar que marido e mulher devem ser honrados e cômnicos de suas responsabilidades com a prole. O dissenso tácito deduz-se, infere-se de seu comportamento ou vida progressa, não se trata de presunção mas sim de dedução.

Não obstante de conformidade com o artigo 226 § 5º da Constituição Federal vigente, que reza: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Mesmo assim, não se pode considerar o adultério como um direito; isto atinge não só a fidelidade do homem como da mulher, um dos dois que introduza no lar para fins de adultério ou para outra prática de ato ilícito, por certo estará este agente incidindo na violação do domicílio.

1.8 LOCAL CARACTERIZADOR DA PRÁTICA INFRACIONAL

Deve ser a casa alheia ou suas dependências. O artigo 150, parágrafos 4º e 5º, diz que a expressão "casa", abrange o

que nela não se pode compreender, pois o § 4º estabelece: " A expressão casa compreende: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não-aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade". Parágrafo 5º - Estabelece a exceção ao conceito "casa, quando dispõe: "Não se compreende na expressão 'casa' hospedaria, estalagem, ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo restrição do inciso II do parágrafo anterior, taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero".

O nome juris Violação de Domicílio, conforme já citado, refere-se não somente à casa onde se exerce as atividades familiar ou doméstica, em regra atinge também o edifício a construção, que, entretanto, pode ser móvel, citando invariavelmente os autores: o carro dos saltimbancos, a cabine de um vapor; trailer devidamente ocupado, quando se refere a qualquer compartimento habitado, abrange o quarto de hotel ou motel, maloca, a barraca; a guarita ou outra forma de morada. Casa também é o aposento ocupado coletivamente, (exemplo: canteiro de obra onde residem num barracão diversos empregados da empresa, pois aí em termos jurídicos se equipara para fins de proteção legal com o seu lar, sua casa. Ademais considera-se "casa" o local onde a pessoa exerce suas atividades. Visa neste caso proteger também o local onde a pessoa exerce seus negócios, sua profissão, etc., tal qual o escritório do advogado, consultório do médico, escritório do engenheiro, estabelecimento do comerciante, instalação das oficinas mecânicas, etc.

1.8.1 Dependências

O Código Penal também trata das dependências que são consideradas também locais protegidos pela Lei. Quanto à Inviolabilidade do Domicílio, são lugares acessórios ou complementares da moradia e habitação, jardins, quintais, garagens, pátios, adegas, etc. Claro que tais lugares não devem ser franqueados ao público. Por sua vez se encontram jardins enormes em bairros ricos que não se entra sem a autorização do morador.

O que caracteriza a dependência, além do citado, é o fato de se avizinhar a moradia e corresponder a necessidade da atividade nesta desenvolvida. Assim, Euzébio Gomes lembra o exemplo de Marcona - do extensíssimo parque pertencente a um plutocrata, que tem a uma distância de cinco quilômetros da casa um abrigo rústico qualquer. Se alguém vier aí penetrar, não viola o domicílio por não perturbar a paz do proprietário.

O que se deve levar em consideração é que todos os lugares protegidos devem estar habitados ou sirvam como centro de atividades, ainda que o sujeito passivo esteja ausente no momento da invasão, ainda assim, caracteriza a infração penal; porém o local tem de servir de moradia ou centro de atividade. Se se apresenta totalmente desocupado, não há que se falar em violação. Calon afirma "la morada del ausente es la más necesitada de protección". Mas se faz necessário ser ocupado, ou seja, haja o titular do bem jurídico tutelado, quem penetra numa casa vazia que se encontra para ser alugada, não comete violação do domicílio. Portanto no que tange, dependência de uma casa para caracterizar o delito, basta que o agente adentre a seu quintal ou jardim sem consentimento do morador ou permaneça ostensivamente contra a vontade do titular, já estará consumado o delito.

1.8.2 Locais não-considerados "casa"

O 45º do artigo 150, em seus incisos I e II, o que não é considerado casa para violação do domicílio, e enuncia estalagem, hospedaria ou qualquer habitação coletiva enquanto aberta ao público, excetuando o compartimento ocupado. Conseqüentemente os quartos ou apartamentos com hóspedes são realmente invioláveis. Por outro lado, a Lei exclui o local onde todos têm acesso ou de uso comum, mas enquanto a hospedaria, estalagem, estiverem abertas. Taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero: taverna e a hospedagem, o boteguim, a casa de pasto ordinária, franqueada em regra para indivíduo que se não criminoso, tangencia o Código Penal. Casa de jogo é aquela em que se realizam jogos de azar, franqueada ao público. O artigo 50 § 4º da Lei das Contravenções Penais, ampliou o conceito de expressão "casa de jogo". Todavia, deve-se observar que pode haver um morador e os cômodos por ele ocupados ficam sob a tutela legal.

Após a menção expressa desses lugares, o código usa a expressão genérica e outras do gênero. Cabem aqui os postulados (acessíveis ou "premier passant"), bares, boates, teatros, restaurantes, enfim os estabelecimentos destinados ao público, urgindo entretanto aqui, a observação feita acerca do morador, mesmo a meretriz é protegida em sua casa que também é inviolável. Em regra pode-se dizer que as oficinas, os aviões, os trens de ferro, automóveis e outros veículos, não são considerados "casa", exceto quando destinados a moradia ou centro de atividade e não sejam destinados ao público.

1.8.3 Erro de fato

Exclui o dolo. Todavia, cumpre observar que se uma pessoa laborando em erro entra em casa alheia, não comete a infração de violação do domicílio. Praticá-lo-á porém, se desfeito o engano, permanece se recusando em sair; comete a infração. Portanto, o delito da violação de domicílio é doloso, necessitando para sua caracterização a vontade livre e consciente do agente.

1.9 CONSUMAÇÃO DO DELITO

A consumação do delito de violação do domicílio se dá no momento em que o agente penetra por inteiro nas dependências da residência, qualquer que seja o meio empregado, desde que não tenha consentimento do morador. Outro elemento do tipo é a permanência do agente na residência sem a devida anuência do morador. Solicitado a se retirar, permanece ostensiva ou clandestinamente por tempo superior ao que lhe era lícito.

1.9.1 Crime, violação do domicílio - eventualmente permanente

Enquanto perdurar a ação do agente, o delito continua se protraindo no tempo. Trata-se ainda de crime material. Portanto, admite-se a tentativa. Exemplo: quando o agente é detido no momento em que tenta adentrar a residência por uma janela que dá para a rua. Segunda hipótese: quando o agente manifesta permanecer contra a vontade do morador mas chegando um parente o retira rapidamente, não permanecendo tempo juridicamente relevante.

1.9.2 Circunstâncias qualificadoras

O legislador pátrio, preocupado em dar maior proteção à "casa", em seu artigo 150, § 2º, resolveu aumentar a pena quando a infração for praticada por funcionário público fora dos casos permitidos em Lei ou com abuso de autoridade.

1.10 CASOS EM QUE A LEI NÃO CONSIDERA CRIME A ENTRADA

Durante o dia com observância das formalidades legais e durante a noite quando algum crime está sendo ali praticado ou

na eminência de o ser. Bem como considera qualificadora aumento à aplicação da pena se o crime é praticado durante a noite, com emprego de violência de arma ou por duas ou mais pessoas. Neste caso, visou dar maior proteção, pois durante a noite a vigilância dos moradores se enfraquece. Durante a noite este período se inicia com o pôr do sol e finda com o seu nascimento. É o interstício em que não há luz do sol, e por conseguinte sendo mais vulnerável a casa, o legislador achou por bem aumentar a defesa pública, com a majoração da pena. Neste caso a pena é de seis meses a dois anos de detenção, e no caso anterior, aumenta-se de um terço a pena aplicada. Ademais, o legislador ainda se preocupou com outras hipóteses no caso da invasão dar-se em lugar ermo, isto é, aquele local despovoado, onde a defesa individual do cidadão se enfraquece pois não há quem socorrer no momento do ataque. Com uso de arma, neste caso a coerção sobre o morador se torna maior, pois teme pelo mal que pode ocorrer consigo e com sua família, e no caso de co-autoria em que dois ou mais agentes resolvem invadir a casa, o que por certo atemorizará ainda mais o sujeito passivo, o qual poderá se sentir sem condições de sair em defesa de seu direito de permanecer em paz em sua residência com seus familiares, ou no local onde exerce sua atividade. No caso de abuso de Autoridade, ocorre quando o agente extrapola os limites que lhe foram concedidos para entrar na casa alheia.

1.10.1 Entrada e permanência - de dia e de noite

A própria Constituição Federal, eleva a inviolabilidade de Domicílio, como dogma constitucional, elencando entre os direitos e garantias individuais, da mesma forma também estabelece exceções, propiciando que se poderá entrar na casa e permanecer o tempo necessário para realização de diligências, durante o dia. Conforme dispõe o artigo 245, § 1º, admitia que a autoridade policial procedesse a busca pessoalmente independente de Mandado Judicial, bem como de acordo com o artigo 241 do CPP, podia ainda a autoridade policial expedir Mandado para que tais diligências fossem realizadas no interior da casa, durante o dia, mesmo sem autorização do morador. Durante a noite somente se poderá penetrar na casa para realização de qualquer diligência com o consentimento do morador, no caso de desastre ou se no interior da casa estiver sendo praticado um crime ou na iminência de estar, no caso dos crimes materiais (tentativa).

1.10.2 Concurso de delitos

Nada simples é a questão da concorrência do crime de Violação de Domicílio com outros delitos. Para compreender melhor o questionamento os doutrinadores têm se valido da lição "carrareana", fundamentada na prevalência do fim. A violação domiciliar só é punível quando não é meio para prática de outro crime mais grave. Todavia, nem todos aceitam pacificamente. Observa-se que raramente o delito em estudo é praticado sem que se tenha em vista um outro. Ocorre ainda que alguns doutrinadores afirmam que na impossibilidade do delito fim absorver o delito meio, sem a expressa disposição legal, adepto de tal teoria encontra-se Roberto Lira, um dos membros da Comissão Revisora do projeto do Código Penal, considerando que o crime fim não absorve o crime meio por ambos serem perfeitos, pois não há dupla interpretação do mesmo elemento subjetivo porque embora conexos, são, por definição distintos.

Nossa jurisprudência não é da mesma forma pacífica, ora afirmando a absorção, ora a concorrência, como se vê em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, declarando que a violação é circunstância elementar no roubo e não o é no estupro e na sedução, aliás, dizeres consagrados de Bento de Faria, observando de passagem que em nenhum desses crimes ela é elemento do tipo, ao contrário do que sucede, com o artigo 625, I do Código Penal Italiano, onde ela qualifica o furto.

Na Itália, Manzini acha que, excetuando os casos de delito complexo e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), dá-se o concurso material da violação do domicílio no caso de constrangimento ilegal, estupro, atentado violento ao pudor, adultério, corrupção de menor, injúria, etc. Magiore adota o mesmo pensamento.

1.10.4 Conflito aparente de normas

Freqüentemente haverá dois delitos autônomos. Porém a opinião dominante na doutrina e na jurisprudência, vê entretanto, na violação do domicílio um crime eminentemente subsidiário, que é absorvido quando no caso concreto serve para a execução de um outro mais grave. Estando de acordo com esta assertiva Nelson Hungria, o qual ensina que:

A violação do domicílio só se apresenta como crime autônomo quando:

a) seja fim a si mesmo;

- b) sirva de fim não-criminoso, ou haja dúvida sobre o verdadeiro fim do agente;
- c) seja simples atos preparatórios para prática de outro crime;
- d) haja desistência do agente quanto ao crime fim;
- e) seja o crime fim menos severamente punido (exemplo: o agente que adentra a casa alheia para ameaçar o morador.

Portanto, de conformidade com a opinião prevalente não se admite o concurso no crime de violação de domicílio. Exemplificando: "A" para mostrar a seus correligionários políticos, a fim de demonstrar o pouco que faz de seu adversário, penetra na casa dele e por qualquer outro fato como protestos, e gestos deste de chamar a polícia é agredido por "A". Neste caso há concurso material de dois crimes, não há de se falar em prevalência, absorção, uma vez que a entrada na casa alheia não foi meio para a agressão, mas sim, fim.

2 BUSCA E APREENSÃO

Conforme mencionado no capítulo anterior, o título acima que se encontra elencado no Código de Processo Penal brasileiro, artigos 240 a 250 do Capítulo VII, sofre restrições em sua execução, tendo em vista o dogma Constitucional da Inviolabilidade do Domicílio contemplada na Constituição Federal vigente em seu artigo 5º, inciso XI, pois a casa entre os romanos e gregos era considerada um local sagrado, inclusive não se admitia nem mesmo a meação, devendo preservar um intervalo de dois metros e meio entre os muros, local este destinado aos Deuses Penates, considerados tutelares da família. O cristianismo procurou tirar este caráter místico da "casa", mas não deixou de lhe dar um caráter semi-sagrado quando reconheceu que o lar se assenta no casamento, sendo este um dos sacramentos. Dos conceitos referidos, cabe salientar o do "common law" britânico, que traduziu o princípio "my house my castle" fundada na proclamação do 1º Pitt que enunciou nos "comuns", que "o mais pobre dos homens podia desafiar, na sua casa, todas as forças da coroa".

2.1 NOÇÕES GERAIS

O significado da palavra busca, Aurélio Buarque de Holanda em seu trabalho "Novo Dicionário da Língua Portuguesa" - ato ou efeito de buscar. Procura com o fim de encontrar alguma coisa.

Busca, do verbo buscar, sinônimo de procurar, investigar, significar alguma coisa ou alguém. Antigamente se definia a busca como sendo: pesquisa, varejo ou procura feita por ordem da autoridade competente para fins declarados em Lei.

Borges da Rosa a define como sendo: a diligência que se faz em determinado lugar, com o fim de aí encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura.

Apreensão, do verbo apreender, vem a ser a medida que se sucede à busca. A palavra apreensão vem do verbo apreender que significa segundo o dicionário de Aurélio B. Holanda: se-

gurar, agarrar, pegar, prender. Uma vez procurada e encontrada a pessoa ou coisa (busca) proceder-se-á a apreensão, isto é, a pessoa ou coisa será "pegada", "segurada", apreendida" devido que a apreensão é objeto da busca.

Muitas das vezes pode ocorrer apreensão sem busca, ocasião em que a pessoa acusada, antes da realização da busca comparece na repartição e entrega à autoridade, o instrumento ou objeto procurado. Neste caso, a autoridade policial determinará a lavratura de um Auto de Exibição e Apreensão.

2.2 OPORTUNIDADE

As buscas e apreensões poderão de modo geral ser realizadas até mesmo antes da instauração do inquérito policial, durante a tramitação do inquérito policial, no curso da Instrução Criminal e até mesmo na fase de execução da sentença para apreender criminoso, por exemplo.

Em regra, conforme dispõe o CPP, em seu artigo 6º, o momento da realização da busca e apreensão é no instante em que a Autoridade Policial tem conhecimento de infração penal. Dirigindo ao local pessoalmente ou através de seus agentes, deverá proceder às buscas e apreensões dos objetos ou instrumentos que tenham relação com a infração penal, de modo que possam instruir os autos posteriormente.

Se faz mister salientar que, muito embora as buscas e apreensões possam ser realizadas na fase da instrução criminal, elas se verificam mais amiúde na fase pré-processual, durante o desenrolar na primeira etapa da "persecutio criminis". Vale dizer que durante a feitura do Inquérito Policial, não só porque a polícia dispõe de meios mais rápidos e eficazes para assegurar o bom êxito, como também porque de regra, se essas diligências não forem levadas a cabo durante a fase do inquérito, perderão sua oportunidade, haja vista que podem desaparecer os objetos e instrumentos do crime o que resultará em grande prejuízo ao acervo das provas materiais, de grande relevância para a devida elucidação do ato infracional.

2.3 INICIATIVA

A quem cabe a realização das diligências referentes às Buscas e Apreensões? A princípio, de acordo com o que dispõe nosso diploma processual penal, artigo 6º, caput CC como inciso II, tais diligências seriam incumbência da autoridade policial, que deverá dirigir-se ao local do ato delituoso e proceder as buscas necessárias.

Quando por algum motivo a autoridade policial não puder dirigir-se ao local do delito, se transportando ao local o agente da autoridade deverá proceder todas as diligências indispensáveis, a fim de proceder as buscas e apreensões daquilo que tem relação ao ato delituoso. Durante a fase de conclusão do inquérito policial, cabe ainda à autoridade policial quando imprescindível expedir Mandado de Busca e Apreensão a fim de que seus agentes cumpram dentro do limite da lei, ex ofício.

Além da autoridade policial, ainda poderá determinar a busca e Apreensão, a autoridade judiciária, e ser procedida pela vítima ou seu representante legal, por requerimento.

No Direito Italiano dada sua estrutura, permite-se em alguns casos ao órgão do Ministério Público, determinar de ofício tal diligência. Além das pessoas mencionadas, ainda poderão executar a busca e apreensão, os oficiais de justiça na fase da instrução criminal. Quem sofre a busca no caso de residência é o titular da esfera da posse pessoal ou ambiental, em que se suspeita encontrar-se alguma pessoa ou coisa.

2.4 BUSCA DOMICILIAR

É a procura de alguém ou alguma coisa, que se faz no domicílio alheio ou casa de alguém.

Pode parecer estranho que o Código Processual Penal admita as buscas e apreensões em domicílio, quando se sabe que o domicílio é inviolável.

Realmente conforme já mencionado, o domicílio é inviolável; porém essa inviolabilidade não foi uma conquista do direito moderno. Já os romanos tinham a casa como asilo infranquiável "domus tutissimum cuique refugiam at que receptaculum sit".

De conformidade com a concepção germânica, diz Mazager, que todos deviam viver em paz em suas casas. Daí os alemães, ainda hoje denominarem o crime de violação de domicílio de "haus friende, bruch" (violação de paz doméstica).

Com a subversão dos Estatutos Municipais, o âmbito doméstico decaiu de sua prerrogativa, notadamente em face dos delegados do princípio (Hungria, Comentários, v. VI/197).

Enquanto havia essas variações no direito dos povos da Europa Continental, na Inglaterra vigia o princípio da "my house my castle".

A maior evolução no princípio da inviolabilidade de domicílio se deu com o evento da Revolução Francesa, que o consolidou com a expressão "La maison de chaque citoyen est un asile inviolable".

No direito brasileiro, a Lei 14 de outubro de 1822, refletindo aquele postulado político da gloriosa revolução de 1893, proclamava "Depois do sol posto, e antes de nascer, nenhuma autoridade ou empregado público poderá entrar em casa alguma sem consentimento de quem nela morar". A mesma Lei estabelecia algumas exceções.

"A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir vítima de crimes ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos em que a Lei estabelecer".

Tal princípio não pode ser considerado como absoluto, pois a própria constituição estabelece exceções:

Diz Hungria:

Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser:

- a) se o morador der assentimento;
- b) no caso de crime ou desastre;
- c) bem como nos casos que incide as excludentes de antijurisdicção, inexistente o crime.

O Código Penal sanciona tal garantia constitucional erigindo à categoria de crime, a violação de domicílio. Inferre-se o texto constitucional que a entrada em casa alheia não é possível quer durante o dia, quer durante a noite, salvo os casos especialíssimos.

Durante o dia, além das hipóteses elencadas, podemos acrescentar não constituir crime:

- a) caso das excludentes de antijurisdicção, estrito do cumprimento do dever legal; exemplo: visita do mata mosquito;
- b) no exercício regular de um direito (hipótese do artigo 587 do Código Civil, conforme Hungria, ob. cit. v.VI/208);
- c) estado de necessidade; exemplo: quando a pessoa sendo perseguida por um meliante prestes a ser atingida adentra a residência alheia para procurar refúgio;
- d) estrito cumprimento do dever legal; exemplo: ocasião em que o policial ou oficial de justiça adentra a residência com observância das formalidades legais para efetuar prisão MP ou proceder outras diligências por determinação judicial.

2.5 DOMICÍLIO

Embora nossa legislação penal, artigo 240 do CPP, usa terminologia busca domiciliar, há de se ressaltar que o termo usado não tem na lei penal o sentido civilístico, mas sim, de residência que significa o local onde a pessoa vive ou exerce suas atividades a qualquer título ou como preceitua Hungria, "domicílio aí, é "homme ou chez soi, a habitação particular, o local reservado à vida íntima do indivíduo ou de sua atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil".

Excetuam-se apenas aquelas restrições descritas no § 5º do artigo 150 do Código Penal.

Ante o exposto, o Código Penal permitindo as buscas domiciliares, não conflita nem atrita com a Lei Maior, pois esta deixou que o legislador pátrio ordinário estabelecesse as exceções ao princípio da infranqueabilidade do domicílio.

2.5.1 Finalidade

Além de outros, cabe salientar alguns objetivos da busca e apreensão:

- a) prender criminoso;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou contrafação e objetos falsificados e contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fins delituosos;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou de defesa do réu;
- f) apreender cartas abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, que haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoa vítima de crime;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

2.5.2 Apreensão de cartas

O nosso Código de Processo Penal vigente, artigo 240, § 1º, letra "f", reza: "A busca será domiciliar e pessoal para apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato".

2.6 INVIOLABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA

A nossa Carta Magna, de acordo com a tradição de nosso direito público, consagrou entre os direitos e garantias individuais, a inviolabilidade de correspondência, artigo 5º, inciso XII da CF, que estabelece: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução do processo penal".

O Código Penal funcionou como sancionador da norma constitucional, estabelecendo no artigo 151, constituir crime a violação do sigilo da correspondência quando estabelece "Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada e dirigida a outrem, pena de detenção de um a seis meses, ou multa".

A inviolabilidade de correspondência é também, um postulado político da Revolução Francesa e quando à época da Assembléia Nacional se pretendeu agir, como agiam os gabinetes dos negros de Luiz XIV e XV, ouviu-se a voz do Comus:

"A Assembléia Nacional não pode dar exemplo de uma violação manifesta do segredo do correio. Eu considero uma carta fechada como propriedade, e não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas".

Entre nós, desde o código de 1830, vinha sendo resguardado o sigilo de correspondência, sancionando assim, o princípio inserido na Lei Maior.

A Constituição Federal de 1937, assegurava também a inviolabilidade de correspondência, ressalvando, entretanto, as exceções legais, deixando margem ao legislador ordinário, para regular certos casos em que era possível a violação.

Sob a égide da Constituição Estadonovista, surgiram os atuais Códigos Penais e Processual Penal. O primeiro, tutelando o sigilo de correspondência, proclamou ser crime a "devassa de correspondência indevidamente, sendo ela fechada e dirigida a outrem".

Com o emprego do advérbio "indevidamente", o legislador concedeu um certo arbítrio ao magistrado para em certos casos excluir a responsabilidade criminal, e o Código Processual, por sua vez, permitiu inclusive a busca em domicílio ou pessoal, visando apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder.

A Constituição de 1969, entretanto, dispôs no artigo 153 § 9º "Ser inviolável o sigilo de correspondência". Neste caso, o princípio tornou imperativo, absoluto, não deixando

margem para que o legislador ordinário propusesse normas, possibilitando a violação do sigilo de correspondência.

Desse modo, pode-se observar que o artigo 240, § 1º letra "F" do CPP, conflita realmente com a Lei maior, em que pe-se as considerações contrárias.

Manzini ensina que as buscas são permitidas como exceções às normas de garantias individuais e, assim, é evidente que tais exceções devem estar previstas em Lei.

Por conseguinte, não se pode aplicar por analogia a outros casos, salvo se expressamente facultadas em leis especiais, pois a medida por ser restritiva de liberdade individual, não é susceptível de interpretação ampliativa ou analógica.

Não se admite pois interpretação extensiva ou analógica. Outros casos poderão ser incluídos desde que haja previsão legal; assim exemplificando: o artigo 240 do CPP não cuida de coisas adquiridas com os proventos da infração, mesmo que tais coisas representem o próprio "corpus delicti" ou um dos objetos da infração relacionados no artigo 240. Entretanto, tais objetos são apreensíveis, não por força do artigo 240 do CPP, mas sim, pelo disposto no artigo 121, do Diploma Processual Penal.

2.6.1 Inviolabilidade das comunicações telegráficas e de dados

A Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º, inciso XII, estabelece: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Com o advento da informática, tecnologia de ponta muito necessária para o desenvolvimento de qualquer atividade, achou por bem o legislador pátrio contemplar com o princípio da inviolabilidade, as informações referentes a dados, inclusive equiparando-a à correspondência. Neste caso, considerando o já mencionado na inviolabilidade de correspondência, tem a mesma aplicação no que tange à informação sobre dados.

Conforme se depreende da leitura do disposto no artigo 5º, inciso XII, da CF vigente, o legislador pátrio admitiu a violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Isto posto, se encontram protegidas pela Constituição

Federal, como invioláveis, as informações referentes a dados, também.

2.7 CONDIÇÃO DE LEGITIMIDADE

A realização da busca domiciliar, não fica adstrita à vontade da autoridade, seja ela policial ou judiciária. É mister que haja "fundadas razões" conforme exige o artigo 240.

Fundadas razões, diz a Lei: se não as houver não se pode realizar as diligências. A expressão, entretanto, implica naturalmente, conforme adverte Manzini, uma apreciação discricionária de quem é competente para determinar a busca, mas, como também é possível o abuso ou excesso de poder a respeito de que seja "discricionário", se o motivo da busca foi manifestamente infundado com referência ao momento em que se determinou a diligência e não apenas quanto ao seu êxito negativo. Quem a executou abusivamente, responde tanto penal como administrativamente.

2.7.1 Necessidade de mandado

Sob a égide da Constituição Federal anterior, as buscas quando eram realizadas pela própria Autoridade Policial, dispensavam o Mandado. Bem como se dela participasse diretamente a autoridade judiciária competente. Quando estas autoridades não as realizassem diretamente se fazia necessário que o agente da autoridade policial ou Judiciária, estivesse munido dos respectivos Mandados, conforme dispõe ainda o artigo 241 do CPP, revogado por força do artigo 5º da Constituição Federal vigente, em seu inciso XI, que reza: "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". Portanto, atualmente a autoridade policial não poderá realizar diligências de busca domiciliar, se não estiver munida de uma ordem judicial, podendo entretanto, a própria autoridade judicial realizá-la durante o dia.

2.7.2 Requisitos do mandado

O Mandado de Busca e Apreensão deverá conter:

- a) indicação com a maior precisão possível, da casa em que se deve realizar a diligência, o nome do respectivo proprietário ou morador;

- b) menção dos motivos e dos fins da diligência;
- c) ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade que o expede.

A busca domiciliar feita sem consentimento do morador e sem estar munido do competente Mandado, conforme o caso concreto, pode constituir o delito de abuso de autoridade, prescrito na Lei 4898, uma vez que a diligência foi realizada sem observância das formalidades legais.

2.8 MOMENTO OPORTUNO PARA SE REALIZAR A BUSCA

As buscas e apreensões serão realizadas durante o dia. Salvo consentimento do morador, poderá ser até mesmo realizada durante a noite, e, antes de penetrar na casa o executor deverá mostrar e proceder a leitura do Mandado ao morador ou a quem o represente, intimando-o a seguir a abrir a porta.

Temos pois, que a busca somente poderá ser realizada durante o dia, sendo vedada durante a noite sem consentimento do morador ou de quem o represente.

2.8.1 Conceito de noite

Segundo a concepção de Liszt, entende-se por noite o tempo de repouso noturno. Para Chauveau et alii, "La nuit commence quand le crepuscule expire; elle expire quand il commence a renaître".

O Código Processual Penal português preferiu esclarecer o sentido da palavra "noite" e, assim, no artigo 202, estabeleceu que "o juiz não poderá proceder a busca e apreensão em casa habitada ou suas dependências fechadas antes do nascer do sol, nem depois do sol se por".

Entre nós, a Lei 14 de 1922, usava também a expressão "depois do sol posto e antes de nascer". Era a reprodução do princípio romano "solis occasus tempestas est".

A despeito do silêncio de nosso Código Processual Penal, pode se dizer, analisando contrário senso o "caput" do artigo 171 do Código Processual Civil, que noite é o período que se estende das 18:00 às 06:00 horas. Isto posto, subentende que as buscas somente poderão ser realizadas sem consentimento do morador das 06:00 às 18:00 horas (por determinação judicial).

Cabe salientar que uma vez iniciadas as buscas domiciliares durante o dia, sua execução não se interromperá pelo advento da noite, nem de outro modo poderia se pensar que os

executores fossem obrigados a interrompê-la pela chegada da noite, pois desta forma se o executor fosse obrigado a deixar a casa às 18:00 horas, muitas vezes as diligências estariam fadadas ao fracasso, pois os moradores por certo interessados, procurariam ocultar aquilo que se procura. Com a saída dos executores, ganhariam tempo e providenciariam lugar de mais difícil acesso, bem como entendemos que a Lei refere-se à entrada na casa e não estabelece prazo para saída, embora trate do caso de permanência quando esta é indesejada pelo morador, mas no caso do agente adentrar a casa munido de mandado judicial a entrada é lícita e continua sua licitude enquanto for necessário para se obter bom êxito, e sem extrapolar o limite tolerável, isto é, busca feita molestando-se o morador o mínimo possível. O excesso conforme já mencionado, será considerado abuso de autoridade. Manzini, considera que, "pero si se há iniciado en otras horas, puede proseguir tambien de noche".

2.8.2 Busca sem mandado

No caso de busca domiciliar, somente poderá ser realizada sem Mandado nos casos em que o titular autoriza a entrada na casa e permanecer apenas o período em que o titular não se manifestar de modo contrário. Neste caso a busca durará o tempo necessário para ser obtido êxito em sua realização ou por tempo em que o titular autorizar.

Quando a autoridade policial ou seus agentes comparecerem à casa para realizar a diligência de busca desejada, deverá declarar ao morador sua qualidade e objeto da busca, se a pessoa ou coisa procurada for determinada. O morador será notificado e apresentá-la exibindo-a e será a mesma apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes, isto é, do autor da execução da busca. Se o morador se recusar a mostrar, poderá conforme o caso, ser responsabilizado pelo disposto nos artigos 330 e 348, do Código Penal.

Munido de Mandado de Busca ainda assim poderá solicitar autorização para o morador, a fim de se realizar a diligência. Caso o morador ou quem lhe represente não autorizar nem der permissão para execução, nos termos do artigo 245 § 2º do CPP, providenciará para que seja arrombada a porta e forçada a entrada. E, se porventura houver resistência por parte do morador ou outros ocupantes da casa, um ou outro ou ambos poderão ser presos e autuados em flagrante (artigo 329 do CP) por resistência, tudo dependendo do caso concreto.

Após proceder a leitura do Mandado ao morador ou quem o represente, adentrará a autoridade ou seus agentes, ou ambos,

por meios suassórios, ou nela adentrando por força. Será de imediato iniciada a busca, evitando sejam os moradores molestados, conforme dispõe o artigo 248 do CPP. "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores, mais do que o indispensável para obter êxito a diligência. Qualquer excesso, com desnecessário molestamento contra os moradores, implicará em exercício arbitrário" (artigo 350 do CP), ou até mesmo em Abuso de Autoridade (Lei 4898).

Uma vez no interior da casa, quer por bons modos, quer à força, os moradores ou ocupantes da residência, poderão de qualquer forma dificultar os trabalhos, por exemplo: não permitindo que se abram gavetas, armários, cofres, etc. Neste caso, a lei autoriza o uso da força contra a coisa existente no interior da casa, a fim de que seja facultada a descoberta da coisa que se procura.

2.8.3 Após realização da diligência

Finda a diligência, logo em seguida será lavrado um auto circunstanciado em que se declarará se o morador permitiu ou não a busca, se houver prisão, se houve ou não necessidade do uso da força, a hora do início e do fim da diligência, se foi ou não encontrada a pessoa ou coisa procurada. Enfim, no auto que deve ser lavrado, consignará a autoridade tudo quanto se tenha verificado durante a diligência.

Esse auto lavrado pelo escrivão ou escrevente que acompanhou a autoridade ou seus agentes ou ambos, será subscrito e assinado pela autoridade, por oficiais de justiça, por soldados ou investigadores que participaram da diligência. Finalmente por duas testemunhas presenciais.

2.8.4 Busca realizada com o morador ausente

Quando o morador não se encontrar e a casa estiver desabitada no momento da busca e não sendo possível adiar a diligência, a autoridade deverá providenciar de conformidade com o artigo 245 § 4º, intimando qualquer vizinho se houver e estiver presente, para assistir a diligência. A intimação dita pelo diploma legal tem a conotação de notificação, pois intimação em termo jurídico significa a comunicação de um ato jurídico já praticado, enquanto que notificação tem o significado de um ato jurídico a ser praticado.

Presente o vizinho, quando possível, realiza-se a diligência, devendo no final, o referido vizinho assinar o auto,

não se computando como testemunha. As testemunhas e executores também o assinarão.

2.9 EXECUTORES

Conforme dispõe o artigo 245, § 7º do Código de Processo Penal, "finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º".

§ 4º. Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo neste caso, ser intimado a assistir a diligência qualquer vizinho, se houver ou estiver presente.

§ 2º. Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º. Recalcitrando o morador, será permitido o emprego da força contra as coisas existentes no interior da casa, para descobrimento do que se procura.

Isto posto, de posse do Mandado, os executores, nunca inferiores a dois, pois o dispositivo legal usa o termo no plural "executores", dirigir-se-ão diretamente à casa onde se deve realizar a diligência durante o dia. Lá chegando, deverão proceder conforme já mencionado, procedendo a leitura ao morador ou a quem lhe represente.

Executores geralmente são os agentes da autoridade, ou a própria autoridade acompanhada de seus agentes, podendo ainda ser realizadas por oficiais de justiça, soldados, policiais militares de modo geral, que acompanham a autoridade ou seus agentes participando como executores, podendo ser executada diretamente sob o comando da Autoridade Judiciária. Neste caso, independe de Mandado.

A lei autoriza aos executores o uso da força contra a coisa, no caso do morador dificultar a ação de modo que prejudique o objetivo colimado da diligência, quando determina que se pode arrombar a porta quando o morador não franqueia após ouvir a leitura do Mandado, e sendo-lhe apresentado, bem como, quando se encontrarem no interior da residência recalcitrando o morador em retirar cadeados ou abrir fechaduras, autoriza ainda que seja praticada violência contra a coisa para realização da diligência objetivando encontrar aquilo que se procura. Uma vez encontrado o que se procura, as buscas deverão cessar e pelos executores será lavrado auto circunstanciado.

2.9.1 Testemunhas

O parágrafo 7º, do artigo 245 do diploma processual penal, usa a expressão "testemunhas presenciais" (plural). Duas testemunhas presenciais deverão presenciar as diligências e assinar o auto. Findas as diligências no interior da casa, assinarão o auto circunstanciado, lendo-o e achando conforme.

Espinola Filho ensina ser imprescindível a presença de duas testemunhas em todo o desenrolar das diligências. A busca domiciliar como medida que excepciona a infranqueabilidade do domicílio. Assim deverá ser revestida de toda cautela, não sendo admitido o abuso de autoridade ou exercício arbitrário, e, mais às vezes sem embargo do comportamento dos executores o morador poderá alegar desconhecimento da diligência. Por tudo isso, deverá a diligência ser realizada na presença de duas testemunhas.

Poderão constar como testemunhas as pessoas que possuem discernimento. Portanto, o nosso Código Processual Penal, em seu artigo 202, diz que "toda pessoa poderá ser testemunha" e o artigo 203 do mesmo diploma legal, estabelece que:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Portanto, conforme mencionamos, a testemunha presencial nas diligências de buscas deverá ter no mínimo discernimento. Conforme o Novo Dicionário "Aurélio", a expressão discernimento trata de um substantivo masculino e tem como significado: 1. Faculdade de discernir; 2. Faculdade de julgar as coisas claras e sensatamente; 3. Critério; apreciação, análise; 4. Penetração, sagacidade, perspicácia.

2.10 DILIGÊNCIA REALIZADA SEM SER ENCONTRADO O PROCURADO, COISA OU PESSOA

Dispõe o artigo 247 do CPP: "Não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se os requerer".

Tornaghi entende que tal providência somente será possível quando a diligência for realizada pela autoridade pessoalmente, uma vez que esta não declara os motivos, arremata: "ora, se não é a própria autoridade quem realiza a diligência, cumprirá aos executores proceder a leitura do Mandado e aí estão declinados os motivos da mesma (Conforme Instituições, v. V, 203.).

Entendimento predominante exige que em qualquer caso, ante a busca infrutífera, poderá o morador ou quem tiver sofrido a busca, requerer a comunicação dos motivos por escrito da diligência. De posse do documento expedido pelo executor, constatando-se a leviandade ou ilegalidade da medida, o interessado poderá responsabilizar a autoridade ou executores, ou ambos, por abuso ou excesso na sua efetuação.

Cabe salientar que com o advento da Constituição Federal vigente, a autoridade policial não poderá mais proceder diretamente busca domiciliar se não munida do Mandado expedido pelo Poder Judiciário, ou expedido pela autoridade policial e referendado pelo Poder Judiciário, pois as buscas somente poderão ser realizadas com anuência do titular ou por determinação judicial. A entrada na casa contra a vontade do morador sem tal determinação, constitui abuso de autoridade.

2.11 BUSCA EM ESCRITÓRIO DO ADVOGADO

O Tribunal de Toulouse já teve oportunidade de analisar um auto de busca em tais condições, sob o fundamento de que o escritório é o asilo da defesa. Faustin Helie, entretanto, fez a seguinte distinção: se a prevenção é dirigida contra o próprio advogado por fatos estranhos ao exercício de sua profissão, a autoridade tem que proceder todas as buscas que julgar necessárias; mas se a busca destinar a apreender cartas ou outros papéis confiados ao advogado na qualidade de patrono do acusado, o seu escritório deve estar ao abrigo das buscas que tenham por objeto descobrir, aí, indícios ou provas dos delitos imputados a seus clientes. Não há justiça sem liberdade de defesa e esta plenitude de defesa é direito garantido pela Constituição (CRF, ed.1959).

O Código de Processo Penal, em seu artigo 243, § 2º,

salienta apenas não ser permitida a apreensão de documento em poder do defensor do réu, sendo, entretanto, possível a apreensão desse documento, quando constituir elemento do corpo de delito.

Tão plena é essa garantia concedida ao acusado que o legislador usou da expressão "defensor" do acusado, donde se conclui que, se um cidadão, mesmo não sendo bacharel em direito (provisionado) por exemplo estiver funcionando num processo como defensor, a ele se estende a regalia do § 2º do 243 do CPP.

Nada obsta, por conseguinte, respeitadas as garantias constitucionais de defesa, se proceda a busca no escritório do advogado ou defensor, nos seguintes casos:

- a) em qualquer caso, se o advogado ou defensor for partícipe da infração;
- b) se o advogado não estiver funcionando como defensor no processo em que foi determinada a diligência;
- c) se o advogado não possuir os papéis como "secretário", isto é, em razão de sua função, caso em que deverá ser resguardado o sigilo profissional;
- d) para apreender documentos, ou objetos que constituam elemento do corpo de delito.

É de se ponderar até, que o defensor do acusado dependendo do caso concreto, poderá figurar como sujeito ativo dos crimes previstos nos artigos 180 e 349 do CP (receptação e favorecimento real).

Garraud pondera que "o advogado não conseguiria conservar um objeto furtado para entregá-lo ao ladrão depois que este sair da prisão, ou para dele auferir benefícios".

2.12 BUSCAS NAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS

João Mendes Júnior ensinava não ser lícito às autoridades policiais, nem mesmo judiciárias, procederem buscas e apreensões nas repartições públicas. Na hipótese da necessidade de tal medida, para exame ou quaisquer outros esclarecimentos necessários aos processos criminais, tais buscas deverão ser feitas à requisição das autoridades; porém, por empregados da repartição ou peritos nomeados pelo governo (João Mendes Jr., ob cit, v.II/68).

Gaidino Siqueira seguiu o ensinamento de João Mendes Jr., citando inclusive em reforço ao seu ponto de vista o decreto de 16 de abril de 1947 (G. Siqueira, Curso de Processo Criminal, 1939, pg. 181-182).

Bento Faria, entende de modo diverso, acreditando ser

possível a prática de tal diligência, mas a autoridade judiciária deverá requisitar dos respectivos chefes o que for procurado (Comentários ao Código de Processo Penal, v. I, 319).

O entendimento é da possibilidade da realização da diligência quando necessário e devendo a Autoridade Policial ou Judiciária, comunicar-se com o Ministro ou Secretário, ou até mesmo chefe da seção ou repartição.

É de se observar que o nosso Código de Processo Civil, permite a penhora de bens do executado, ainda que esteja nas dependências da repartição pública. Ora, se o processo civil, onde os interesses são disponíveis permite se faça a penhora de bens executados ainda que estejam em repartição pública, no âmbito do processo penal não se pode proibir a realização de buscas nas referidas repartições, dada a natureza eminentemente pública dessa providência cautelar.

2.12.1 Locais considerados casa

O significado das palavras segundo o dicionário "Novo Dicionário Aurélio".

- a) hospedaria - s.f. casa onde se recebe hóspedes, especialmente mediante remuneração; albergaria, albergue, estalagem, hospedagem;
- b) taverna - taberna (do latim taberna) s.f. 1. casa onde se vende vinho a varejo; baiuca, bodega, locanda, tasca, tasco. 2. casa de pasto ordinário; locanda, tasca, tasco (ver. taverna).

Pelo que se pode observar da leitura do texto legal artigo 150 § 5º, inciso I: quando o compartimento se encontrar habitado, o mesmo se encontra protegido pelo princípio constitucional da infranqueabilidade, enquanto que o item II: não recebe a proteção, pois não há qualquer restrição. Desta forma, acreditamos que no último caso, poder-se-á proceder a diligência de busca sem o referido Mandado, claro que sempre se atendo ao caso concreto.

2.12.2 Busca em território alheio

A autoridade e seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência de preferência, ou após, conforme a urgência requerer, cujo retardamento poderia acarretar prejuízo à execução da busca.

Normalmente o executor quando penetra no território alheio para realização de diligência, deve se apresentar à autoridade competente local; porém se a solução de continuidade acarretar prejuízo a diligência, esta poderá ser realizada e, em seguida, os executores deverão apresentar-se à autoridade citada para dar-lhe conhecimento do fato e de legalidade da medida.

Como saber quando a autoridade e seus agentes vão em seguimento à pessoa ou coisa?

O próprio ordenamento jurídico-processual vigente responde dizendo em seu artigo 150, § 1º, alíneas "a", "a" e "b":

Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa quando:

- a) tendo conhecimento direto da remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;
- b) ainda que não a tenha avistado, mas sabendo por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinado local da direção forem a seu encalço.

O § 2º do artigo 250 do CPP, prevê ainda a atitude que poderá ser adotada pela autoridade do local onde se deu a diligência quando reza que:

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

3 PRIMEIRAS PROVIDÊNCIAS

3.1 BUSCA E APREENSÃO

O nosso Código de Processo Penal vigente, em seu artigo 6º em seus incisos I a IX, elencam uma série de diligências que deverão ser adotadas pelas autoridades policiais e seus agentes, entre elas, no inciso II, reza:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II - apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato.

Geralmente a apreensão vem precedida de uma busca. Em matéria criminal o termo Busca tem o significado de procura com o fim de constatar a existência de uma relação daquilo que se procura com o ato infracional penal, a fim de que seja esclarecida a autoria, a materialidade de um crime ou uma contravenção.

A Apreensão é o apossamento pela autoridade da coisa ou pessoa que era procurada ou que foi posta diante dela.

3.2 FORMAS DE BUSCA

Anterior à Constituição de 1988, admitia-se a busca domiciliar de ofício, quando era executada pela própria autoridade. O artigo 241 possibilitava que a própria autoridade expedisse o Mandado de Busca para que fosse cumprida pelos seus agentes.

A busca também pode ser requerida pela vítima, quando na inicial requer seja procedida, cabendo analisar a necessidade à autoridade policial, que deferirá ou não.

O Ministério Público também poderá requisitar a medida ao Poder Judiciário que poderá, deferindo, determinar à autoridade policial que se dê o devido cumprimento; ou o próprio oficial de justiça.

A autoridade policial não fica adstrita à vontade da vítima quanto à realização da diligência de busca. Somente op-

tando pela sua realização quando vislumbrar real interesse para o objeto do Inquérito (até mesmo para a defesa do réu) (art. 14 do CPP).

A petição de busca será evidentemente fundamentada. Nella deverá o interessado expor o fim da medida e dar a razão de ciência ou presunção, que tiver, de que a pessoa ou coisa a ser apreendida está no sítio do indiciado, como dispunham os códigos suprimidos. Se conveniente, será ouvida a testemunha arrolada.

Quando o indiciado ou vítima manifestar o interesse de requerer a busca para fins de apreensão a determinada coisa ou papel, a autoridade, se assim preferir, dispensará o requerimento, caso a providência seja de interesse à instrução criminal, e considerará como indicativo valioso para iniciativa da diligência.

No caso da busca domiciliar é importante observar que se trata de uma restrição ao direito da inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI da CF), deve ser feita conforme já citado com estrita observância às normas legais, não a realizando quando o detentor da coisa se dispuser a entregá-la, para que não fique sujeito ao varejamento de sua casa ou local onde exerce sua atividade, o que poderia ser considerado um vexame.

3.3 LOCAIS DE MAIOR INCIDÊNCIA À BUSCA

Os locais mais comuns onde se impõe o varejamento, são: as residências, escritórios, laboratórios, etc. Nestes, poderão ser encontradas as falsificações e contrafações de moedas, selos, documentos, produtos alimentícios e medicamentos.

De modo imperioso e indeclinável, cumpre à autoridade nesses casos, realizar minuciosas buscas domiciliares, ainda que grandes obstáculos se oponham, pois sua excepcional medida não consegue a evidência tangível da infração, isto é, obter a prova material que instruirá a instrução criminal (auto de corpo de delito).

Para que a autoridade determine a Busca em determinado local, tendo primeiramente conseguido a determinação judicial, ela tem que justificar as fundadas razões requeridas pela lei (art. 240 § 1º do CPP), não devendo decidi-la sem antes examinar os elementos que a determinaram ou não.

Poderá ainda ordená-las quando das peças formadoras dos autos já consta base suficiente para tal, quer dizer, já configurarem em termo de depoimento, as declarações do indiciado ou da vítima, em ofício, cartas ou documentos, em comunicação

de agente da autoridade ou em outras peças, referências precisas ou indícios fortes de que na casa seja aquilo que deva ser apreendido. É bem certo que apenas um simples depoimento de uma testemunha digna de fé, de que, constem veementes indícios da presença da pessoa ou coisa que deva sofrer a diligência, ou uma só comunicação precisa, assinada por agente policial exata, no desempenho de suas funções, autorizará a busca.

A autoridade e seus agentes na iminência de realizar com urgência a diligência de busca, se dirigem à casa ou local onde se efetivará a diligência. Porém, ao chegar não recebem autorização para ingressar na casa para proceder a busca. Neste caso, a autoridade policial deverá recorrer ao Poder Judiciário para obter a autorização para penetrar na casa alheia; porém, deverá tomar certas precauções deixando sob vigilância a casa onde será realizada a busca de modo que o objeto ou pessoa a ser procurada não deixe o local, enquanto se obtém a ordem judicial. Obtendo-se tal ordem, deverá de imediato proceder a busca objetivada, procedendo a apreensão e lavrando posteriormente auto circunstanciado.

Para prender criminosos ou apreender uma pessoa o rebuscamento de uma casa é encargo geralmente fácil e rápido, sendo certo que algumas vezes serão examinados: guarda-roupas, armários, cômodas, baús, estantes, forros, sobreforros, revestimentos e parede, forrações e outros esconderijos reconhecíveis sem esforço. Não haverá grande dificuldade se o objeto a ser apreendido for de porte grande como: máquina de costura, televisor, aparelho de som, etc., porém, se a pesquisa se der para encontrar jóias, papéis, documentos, drogas, etc., objetos de pequenas dimensões e a pessoa da casa não se dispuser em apresentá-los, a diligência se reveste de grande dificuldade.

Para impedir o remeximento eminente ou paralisar o trabalho policial e o morador não se dispuser a isto, a procura terá que ser minuciosa, paciente e demorada. Para não se falar no enterramento em pátios, canteiros, sob ladrilhos ou tacos dos pisos e na comum ocultação entrepeças de roupas guardadas ou na caixa d'água, de sanitário, tenham-se em vista as pedras preciosas metidas em frestas de parede, cédulas ou jóias postas em fundos falsos de armários, de gavetas, de mala, de mala, na piscina, na paina de travesseiro, de almofadas, de colchões, ou no algodão de acolchoado, documentos, cédulas, títulos postos entre a gravura e o papelão do fundo dos quadros ornamentais, jóias, e valores, facas, revólveres, frascos de entorpecentes, etc., metidos em latas ou sacos de areia, cadinhos, caixa de areia de fundição, cunhos de moedas, debaixo de tábuas removíveis de assoalhos, pequenos objetos aderidos

dos com cera sob a mesa ou colocado sobre peças opacas de lustre ou nas cimalhas de luz indireta, documentos enfiados em livros ou entre folhas de jornais velhos, empilhos, e tantos outros escaninhos que o espírito imaginário do malfeitor lhe indica e que a argúcia policial deve descobrir.

Os corpos dos assassinados, são excepcionalmente colocados em malas, arcas ou caixotes definitivos, pois que os sepultamentos que de ordinário se fazem a pequena profundidade na parte não-pavimentada dos quintais, são preferidos pelos criminosos, sobrando sempre, porém, vestígio de imunação apressada. Os fetos e os recém-nascidos, via de regra, são sepultados à flor da terra ou introduzidos nos montouros.

No que tange ainda na Busca em Repartição Pública, cabe salientar que deverá ser acompanhada por algum representante. E quanto aos cartórios, os livros não poderão ser retirados. Quando devem ser submetidos a exames periciais, não poderão estes ser retirados dos Cartórios Públicos. Neste caso, os exames serão realizados no âmbito da própria repartição.

Também não poderão ser deslocados os livros dos tabeliões. Não impede porém, sejam sob as vistas do tabelião, levados ao laboratório do Instituto ou escritório do perito para submeter-se a exame.

4 BUSCA PESSOAL - GERAL

A Busca Pessoal, se bem que chocante para um delinqüente primário, é mais tolerada, deprime menos e causa menor alarme do que a levada a efeito na casa do cidadão.

Para a busca pessoal se exige apenas fundadas suspeitas, enquanto que para a busca domiciliar se exige fundadas razões, o que é mais que a primeira. Terá lugar a busca pessoal nos casos elencados no artigo 244 do CPP, que reza: "A busca pessoal independará de Mandado, no caso de prisão ou quando houver fundadas suspeitas de que a pessoa esteja de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso da busca domiciliar".

No caso de prisão por cumprimento de Mandado de Prisão, ou por força de flagrante delito, a autoridade policial "ad cautela" procede busca pessoal no agente, hoje regra obrigatória sob pena de consequência funesta ao executor.

4.1 FUNDADAS SUSPEITAS

Fundadas suspeitas poderão se apresentar de diversas formas, entre as quais:

- a) volume excessivo na cintura do indivíduo;
- b) discussão acalorada seguida de gestos, esboçando sacar uma arma;
- c) sujeito com vários antecedentes criminais;
- d) sujeito que acaba de deixar uma boca de fumo ou ponto de venda de droga;
- e) sujeito conhecido como traficante de drogas;
- f) bicheiros e cambistas de prática contravencional;
- g) diversas outras circunstâncias que presumem que o sujeito se encontra de posse de arma, instrumentos ou objetos de delito;

A busca pessoal não se restringe à procura de armas proibidas, mas sim, visa encontrar objetos havidos por meio de prática delituosa, ou instrumentos de crimes, etc.

Para se obter êxito na busca pessoal, se faz necessário um rebuscamento pessoal criterioso, revistando-se os entrefuros das peças, os recheios das almofadas dos ombros, as dobras das bainhas das calças, não se desprezando os remendos, as meias, as palmilhas, saltos e solas dos sapatos. Recorrer ao raio X, para constatar se o delinqüente não engoliu o objeto procurado, até mesmo o ânus retal poderá servir para que o infrator com utilização de tubos de alumínio ou plástico, ou mesmo vidro, pedaços de papel celofane enrolados. Também têm tido tais finalidades as ladras elegantes, prostitutas se servem de outro esconso natural,

Para se realizar a busca pessoal o executor a princípio utiliza-se das mãos que percorrerão todo o corpo do sujeito, a fim de encontrar aquilo que se procura. Tratando-se de objeto de pequeno tamanho, procederá as buscas nas roupas e outros pertences do sujeito, podendo inclusive usar do recurso do raio X, conforme já mencionado.

4.2 BUSCA EM MULHER

A Lei prevê quando não acarretar prejuízo à diligência em que uma mulher deverá ser revistada por outra mulher, conforme artigo 249, do CPP, que reza: "A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Caso não seja encontrada uma pessoa do sexo feminino para realizar a busca, em último caso poderá ser realizada a diligência por uma pessoa do sexo masculino, especialmente se se tratar da busca de um veneno em que a mulher estaria disposta a usar para suicidar-se ou envenenar a própria família, ou uma arma para o mesmo fim.

4.3 APREENSÃO SEM BUSCA

As autoridades não-embrutecidas pelo trato contínuo com a escória social, conseguem muitas vezes, realização da diligência de busca com êxito, sem adentrar na residência do indivíduo. Notificando o titular do lar, este faz a entrega da coisa que está sendo procurada. Desta forma, será lavrado um auto circunstanciado de "Apreensentação e Apreensão" (sendo trazido por agentes da autoridade ao órgão, sendo elaborado o mesmo auto).

Agentes da autoridade, sem o devido preparo para a função muitas vezes efetivamente, por iniciativa própria e de boa

fé, realizam apreensões descabidas, obrigando a autoridade a desfazê-la por serem atos ilegais e despropositados.

Os servandijas que infiltram nos quadros policiais com os propósitos inerentes à sua própria condição, os agentes de índole maleável que ante aos maus exemplos, acabam por trocar a estrada larga do dever legal e moral, pelo caminho tortuoso dos proventos indevidos, costumam realizar a apreensão nas zonas urbanas e rurais, a fim de receber recompensas particulares ou assenhorar-se dos objetos apreendidos, sob alegação de livrar o detentor do processo criminal ou sob promessa de séria represália. Cabe aos responsáveis, coibir o abuso com toda a energia, pois a tolerância importa em cumplicidade.

4.4 COISAS OBTIDAS COM PROVENTOS DA INFRAÇÃO

Cabe apreensão de coisas obtidas por meio criminoso (art. 240 § 1º do CPP, letra "b". As coisas, dinheiro e valores obtidos por meio de furto ou outro crime contra a propriedade, podem e devem ser apreendidos, mesmo se já estiverem de posse de terceiros; mas as coisas móveis e imóveis adquiridas não diretamente por furto, roubo ou qualquer outro delito, mas por compra feita pelo criminoso nas mãos de terceiros, como dinheiro resultante de crime, não podem ser apreendidas. Para este caso o remédio legal é o seqüestro, podendo ser obtido apenas através de decreto judicial (artigo 125, do CPP).

Caberá à polícia, sem tardança para proteger o interesse do sujeito passivo, realizar a arrecadação dos objetos e valores, o que constituirá, na contingência, a medida adequada para acautelar os legítimos interesses.

Uma vez feita a arrecadação, far-se-á auto circunstanciado, confiando a coisa a depositário idôneo.

5 PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

Entre as diversas providências que ocorrem durante as investigações policiais, temos a destacar a "busca e apreensão" que pode ser domiciliar e pessoal, conforme já mencionado, as quais dizem respeito ao esclarecimento do fato delituoso.

5.1 BUSCA E APREENSÃO

Trata-se de atividade distinta, embora intimamente relacionadas. Não obstante, pode ocorrer busca sem a possibilidade de apreensão, como também é possível a apreensão sem busca.

Conceito de busca: é a pesquisa, a indagação, investigação, a procura.

Conceito de apreensão: é o apossamento da coisa ou pessoa que interessa ao inquérito policial, ou à instrução criminal.

O procedimento cautelar que se destina a formar o corpo de delito, e sobretudo, o "corpus instrumentorum" do fato delituoso, mediante atos de coação da Polícia Judiciária (José Frederico Marques - Elementos de Direito Processual Penal, 1965, v.2, p.312).

Distingue-se a busca em domicílio da busca pessoal. Enquanto aquela exige fundadas razões, esta exige apenas fundadas suspeitas. A primeira está resguardada pelo princípio da inviolabilidade do domicílio, enquanto que na segunda, a diligência pode ser realizada sem qualquer formalismo, bastando que haja fundadas suspeitas.

Fundadas razões: não é pura e simplesmente ao poder discricionário da autoridade e seus agentes. Se faz mister, uma comprovação sólida de que no interior da casa realmente exista aquilo que se procura de interesse da Investigação Policial. Não basta a mera ilação. Fundadas razões são justamente o limite entre o poder de coação e do arbítrio da autoridade. Quem extrapola responde pelo excesso.

Outra distinção é que a busca domiciliar sem consentimento do morador somente poderá ser realizada durante o dia, e com ordem expressa da Autoridade Judiciária; enquanto que a busca pessoal não sendo no interior do domicílio, poderá ser realizada a qualquer hora e em qualquer lugar, de modo também que não moleste o sujeito que sofre a busca mais do que o necessário, pois da mesma forma os excessos serão coibidos.

5.2 REPRESENTAÇÃO

Definido que a Autoridade Policial, com advento da Nova Constituição, não mais pode realizar a busca domiciliar, sem estar munida da competente determinação judicial, resta saber que providências poderá ela tomar quando entender necessária tal diligência. Revogado o artigo 241 do CPP, o artigo 242 determina que "A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Como a autoridade policial não é considerada parte, de outro modo não pode requerer de ofício.

Analisando o texto constitucional e o dispositivo em tela, entendemos que o legislador constitucional não teve interesse de alijar a autoridade policial e seus agentes. Na realização da busca domiciliar, apenas procurou limitar sua ação, retirando a faculdade de proceder a busca diretamente sem Mandado, ou através de seus agentes com expedição de Mandado pela própria autoridade policial, o que realmente trouxe grande prejuízo para as investigações policiais, quando obriga que o executor para ingressar na casa ainda que durante o dia sem consentimento do morador se faça munido de ordem judicial. E como a atividade policial é ininterrupta, muitas vezes, especialmente durante as férias forenses, em que um juiz substituto responde por diversas comarcas e nos finais de semana, nas comarcas de entrância inicial, onde não há plantão, a autoridade representa o Poder Judiciário pela necessidade da busca e a resposta muitas vezes demora dias e até semanas para ser manifestada.

Não havendo possibilidade da autoridade policial manter plantão defronte à casa onde se pretende realizar a diligência, o trabalho fica prejudicado e facilita em muito a ação delituosa do criminoso, pois hoje, analisando o conjunto processual penal, que autoriza a Autoridade Policial em representar pela Prisão Preventiva, Prisão Temporária, que são medidas restritivas de liberdade, portanto mais severa que a diligência da busca, ademais, autoriza ainda no artigo 127 do CPP, que a autoridade policial represente para que seja ordenado o

seqüestro de bens adquiridos com os proventos das "res furtivas", ou obtidos por meio ilícito.

Isto posto, entendemos que a autoridade policial deve sempre quando entender necessário, representar a Juiz competente para que seja expedida determinação judicial visando a realização da diligência de busca, podendo ainda elaborar o Mandado de Busca, no qual conterà a motivação do ato a ser praticado conforme modelo (Anexo 3).

6 LOCAIS DE CRIMES

6.1 OPORTUNIDADE

O Código de Processo Penal, em seu artigo 6º, determina quando usa o termo deverá, que as diligências de busca se realizem de imediato. Quando a autoridade e seus agentes se deslocam para o local, conforme inciso II do dispositivo citado e inciso I, que reza: "se possível e conveniente a autoridade policial deverá se dirigir ao local da infração penal e apreender instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato"; portanto, se depreende da leitura do dispositivo que a diligência de busca deve ser efetivada antes da instauração do inquérito policial em regra, momento oportuno pela robustez do corpo do delito.

Onde podem ser encontradas as provas materiais ou objetivas e como elas são levantadas, arrecadadas, apreendidas e transplantadas para o inquérito policial, e guardadas até o devido encaminhamento?

Para a realização da arrecadação de instrumentos ou objetos no local do crime ou relacionados a fatos delituosos e seus esclarecimentos.

Fontes de provas: a primeira grande fonte de provas materiais e objetivas é constituída pelos locais de crimes. Nestes podem ser encontrados elementos materiais e úteis, para a constatação de existência de crimes, para a verificação de meios e modos e, também, para indicição de autoria.

Os locais de crime podem ser classificados tendo em vista pelos ângulos em que são vistos. Segundo Carlos Kehdi, em seu "Manual de Locais de Crimes", os locais podem ser:

Idôneo, inidôneo e relacionado.

Idôneos são aqueles encontrados conforme foram deixados, após o término dos acontecimentos.

Inidôneos, ou violados, são aqueles que apresentam alterações, prejudicando a observação e a perícia.

Relacionados, são os locais em em que, num mesmo crime, embora separados fisicamente, são interligados, constituindo parte de um todo. Exemplo: diversos depósitos de entorpecentes

de uma rede de distribuição de drogas, ou, encontro do cadáver no local diverso daquele em que se consumou o homicídio.

6.2 QUANTO À INTERLIGAÇÃO

Os locais podem ser:

- a) internos;
- b) externos.

Internos são aqueles que se encontram circundados por paredes e coberturas.

Externos, são aqueles que se encontram ao ar livre.

Ainda os locais poderão ser considerados:

- a) imediatos;
- b) mediatos.

Imediatos, são os locais propriamente ditos, isto é, os pontos centrais dos acontecimentos.

Mediatos, são aqueles onde podem ser procurados vestígios úteis para as investigações, tais como marcas de pés (impressão plantar), impressões digitais, documentos, objetos, coisas perdidas em fugas e outros.

6.3 A BUSCA

É o meio pelo qual se obtêm as provas materiais ou objetivas. Tais buscas fazem parte do trabalho de quem investiga o crime, quando se julga necessário obter elementos materiais relacionados com os casos investigados, além das encontradas em locais de crime, aos recursos empregados para execução das mesmas e a autoria dos delitos.

Entre outras, a busca poderá ser realizada para apreensão de mecanismos próprios para falsificação de moeda, depósito de entorpecentes, as armas e instrumentos de crime. Todos podem ser submetidos a exame para comprovar o relacionamento com a prática delituosa e respectiva autoria.

6.4 COMO DEVEM SER REALIZADAS AS BUSCAS

Devem ser realizadas de forma prática, podendo ser divididas quando se tratar de residência, da seguinte forma:

- a) cômodos: um de cada vez, conforme o tamanho e disposição da área, em quadrado ou faixa, examinando um de cada vez, bem como as áreas poderão ser percorridas em círculo ou caracol;

- b) móveis, instalações, paredes, coberturas, áreas inferiores ao nível do chão deverão naturalmente merecer atenções especiais, tendo em vista que o espírito humano pode engendrar ou aproveitar-se dos mais curiosos e inesperados esconderijos.

6.5 EXIBIÇÕES

O agente da autoridade que se deslocar ao local dos fatos, procedendo arrecadação de instrumentos ou objetos relacionados com os fatos, devendo os mesmos serem apresentados à Autoridade Policial a fim de que seja procedida a lavratura do Auto de Exibição e Apreensão, devendo ainda emitir relatório circunstanciado, esclarecendo o nexó de causalidade entre o objeto arrecadado e os fatos.

Quando a arrecadação no local do crime não foi feita por policiais, mas sim, por terceiros, a autoridade policial, após lavratura do Auto de Exibição e Apreensão, deverá expedir Ordem de Serviço, para verificação da relação existente entre o que foi apresentado e o fato delituoso.

6.6 ARRECADAÇÕES

No trabalho policial o termo arrecadação tem dois significados, sendo:

1. ocorre quando objetos, documentos e outras coisas devam ser arroladas e guardadas pela polícia, para uma destinação futura, embora a princípio não interessam como provas ao inquérito policial; a ação policial é mera arrecadação;
2. ocorre quando os peritos julgam necessário o transporte da prova material encontrada ao Instituto, para que seja submetida a exame pericial; são no local apanhadas pelo perito e transportadas; nestes casos levam o nome de arrecadação, devendo tal medida ficar consignada ao laudo respectivo, com a finalidade de deixar patente o nexó entre as provas e o crime.

Tudo quanto é arrecadado ou apreendido e que constitua elemento probante, deve acompanhar os inquéritos policiais, quando remetidos a Juízo.

Para que dúvidas não venham a ser levantadas quanto ao que foi realizado, arrecadado ou apreendido, cuidados especiais devem ser tomados na etiquetagem e quando das provas materiais, depósitos especiais, cofres de segurança, não podem deixar de existir nas delegacias, para a guarda das provas materiais.

7 EXECUÇÃO DA BUSCA

Ainda no caso de busca pessoal quando determinada previamente, a autoridade policial, ou seus agentes, poderá cumprí-la independente de expedição de Mandado, mas nada obsta que seja expedido um Mandado a fim de que sejam declinados os dados necessários referentes à pessoa a ser procurada, relatando seus traços físicos, especialmente nos casos de menores desaparecidos, ou no caso de subtração de incapaz. Quanto ao cumprimento de Mandado de Prisão, os dados necessários já vêm expostos.

7.1 EXECUÇÃO DA BUSCA DOMICILIAR

A execução da busca domiciliar, conforme previa o artigo 122, da Constituição Federal de 1937, repetiu com ênfase as cartas posteriores, cuidou o Código nos artigos 245 e seguintes de assegurar-lhe as necessárias garantias durante a realização da busca. O mesmo deverá ser observado se tratar de compartimento habitado, de aposento ocupado de habitação coletiva ou de compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (artigo 246 do CPP). Também são invioláveis, salvo exceções legais, o sigilo da correspondência e os direitos fundamentais do homem (Constituição, art. 150). Daí vêm as cautelas de que é cercada esta diligência, que, em muitos aspectos, tem semelhança com a destinada à prisão. Aliás na hipótese da alínea "a", do artigo 240, § 1º, a busca nada mais é do que meio para se efetuar a prisão comum, do que já nos ocupamos quando a pessoa procurada se homiziar numa casa ou compartimento assemelhado.

7.2 CAUTELAS A SEREM ADOTADAS

Quando a pessoa procurada se encontrar escondida no interior de uma casa ou compartimento habitado, o morador será

notificado a apresentá-la ao executor da busca. Uma vez apresentado, será colocado sob custódia da autoridade ou dos executores. Caso haja negativa por parte do morador, os executores somente poderão adentrar a residência, se estiverem munidos da determinação judicial. Após realizada a diligência, de imediato será lavrado um auto circunstanciado, conforme modelo (Anexo 8).

Quando a diligência for determinada por um Juiz de Direito, nela tomarão parte no mínimo dois oficiais de justiça na qualidade de executores, os quais, finda a diligência, lavrarão o auto de busca e apreensão, com as cautelas acima referidas e auto de depósito por meio do qual transfere a coisa à responsabilidade de um depositário, que em certos casos, o escrivão do Juízo, e, em outros, quem o Juiz nomear.

Pode acontecer que, entrando os executores à força na casa, ou por aquiescência do morador, quando já no interior desta, o morador recalcitre, por desobediência (passividade) ou por resistência (violência), em atender a ordem legal. Neste caso, é permitido "ex vi", do artigo 245 § 3º do CPP. Admitte-se o emprego da força contra a coisa existente no interior da casa, sem prejuízo da prisão em flagrante do recalcitrante, se seu ato caracterizar infração penal.

Quando o morador da casa em que se procura a pessoa ou coisa se fizer ausente, não sendo possível o adiamento da diligência, a autoridade policial ou seus agentes (executores), deverá tomar a preocupação de convocar qualquer vizinho se houver, para assistir a diligência e assinar depois o auto. No caso de não se encontrar a pessoa ou coisa procurada, quem tiver sofrido a diligência, será informado. Se o requerer, dos motivos da diligência (art. 247 CPP), saberá das fundadas razões que aconselharam a busca.

Se a coisa ou pessoa procurada for encontrada e apreendida, se for removida ou transportada para território alheio à jurisdição onde se realizou a busca, aplicar-se-á à diligência de busca, o disposto no artigo 250 do CPP, no que couber o que foi dito relativamente à diligência destinada a efetuar a prisão (art. 290 CPP).

Neste caso porém, o momento da apresentação dos executores à autoridade local, está condicionado à urgência da medida, e à segurança de sua não-frustração, fazendo em função disto, antes ou depois da diligência, ressalvado à autoridade o direito de exigir a prova da legitimidade dos Mandados ou das pessoas que os executam, desde que tenham fundadas razões de sua dúvida (artigos 93 a 11, 571, 290-304 § 1º e 388 do Código de Processo Penal).

7.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE APREENSÃO DE ADOLESCENTES

Conforme dispõe o artigo 173 da Lei 8069/13/07/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus incisos, reza que:

"Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto no artigo 106, parágrafo único, e 107", deverá:

Art. 173, I: "lavrando auto de apreensão, ouvidas as testemunhas e o adolescente".

O artigo 107 dispõe que: "A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido, serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada".

O artigo 172 dispõe que: "O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será desde logo, encaminhado à autoridade policial competente".

O artigo 171 reza que: "O adolescente apreendido por força ordem judicial, será desde logo, encaminhado à autoridade judiciária".

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos citados, o menor adolescente, que é aquela pessoa compreendida com idade entre 12 a 18 anos, definidos pelo artigo 2º da Lei 8069/90, que dispõe: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade".

Segundo nossa concepção, o legislador não foi muito feliz quanto ao texto que define a pessoa considerada adolescente, pois diz que: adolescente é aquela pessoa compreendida entre doze e dezoito anos; e quando conceitua criança, diz tratar da pessoa compreendida entre aquelas de até doze anos incompletos. Conforme pode-se observar para a criança usa-se o termo incompleto, enquanto que para o adolescente, usou as expressões de doze a dezoito anos; portanto, literalmente falando, poder-se-ia suscitar dúvida quando a pessoa completasse 18 anos; no dia de seu aniversário, ainda seria considerada adolescente.

O legislador ordinário, foi mais preciso quando da elaboração do CP vigente, pois inseriu o conceito de menoridade no artigo 27, estabelecendo que:

"Os menores de dezoito anos são penalmente ininputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

A preocupação maior seria devido à hierarquia da Lei, pois a Lei especial derroga a Lei geral, mas como a interpre-

tação não é apenas literária, podendo ser teleológica, por esses meios poderia ser dirimida tal dúvida; porém, existe ainda entendimento que afirma aquilo que o legislador não diz, não não cabe ao intérprete dizer.

Ensina Damásio Evangelista de Jesus que:

A interpretação deve ser única sob o aspecto de dever o exegeta empregar, harmonicamente, os meios gramatical e teológico. Se ocorrer contradição entre conclusões da interpretação literal e lógica, deverá a desta prevalecer, uma vez que atenda às exigências do "bem comum" e aos "fins sociais" a que a lei se destina.

Pelo que se depreende dos dispositivos do Estatuto, pode-se afirmar categoricamente que o adolescente é passível de apreensão, nas hipóteses previstas no próprio estatuto, recebendo lógico o tratamento dado a todos os indivíduos, quanto aos direitos e garantias individuais.

O artigo 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente, última figura, prevê o caso em que o menor permanece internado, quando estabelece: "Pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública".

O artigo 175, do citado estatuto, prevê ainda, o caso de não-liberação do adolescente, o qual de imediato, será encaminhado ao Ministério Público, juntamente com cópias do Auto de Apreensão e boletim de ocorrência; não sendo possível, o adolescente será encaminhado à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao MP no prazo de vinte e quatro horas; se na localidade onde for apreendido o menor, não houver entidade e atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. Na falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada destinada a maiores, não podendo em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior ou seja, vinte e quatro horas.

ANEXOS

1	Auto de apreensão	56
2	Auto de exibição de apreensão	57
3	Mandado de busca e apreensão	58
4	Sendo o morador recalcitrante	59
5	Representação sobre realização de busca e apreensão ao poder judiciário	60
6	Relatório de diligência de busca a apreensão - quando o morador se encontrar ausente	61
7	Relatório de diligência de busca e apreensão - quando recalcitrante o morador acrescentar	62
8	Relatório circunstanciado sobre realização de diligência de busca e apreensão	63
9	Representação sobre realização de busca e apreensão ...	64
10	Representação solicitando ao MM Juiz de Direito da comarca, expedição de determinação judicial para realização da busca e apreensão	65
11	Relatório de Arrecadação	66

ANEXO 1

AUTO DE APREENSÃO

Aos ... dias do mês de de mil novecentos e, nesta cidade (vila ou distrito), Estado do na Delegacia de Polícia local, onde se achava presente o senhor, Delegado de Polícia, comigo escrivão de seu cargo, na presença das testemunhas F.....e C....., residentes neste município às ruas..... e R....., procedeu a autoridade, a real apreensão de (descrever o que tenha sido apreendido), que ficará depositado nesta Delegacia de Polícia, até ulterior resolução, visto constituir produto (instrumento ou elemento necessário à elucidação) do crime que motivou a Instauração de Inquérito Policial nº.... . Nada mais havendo, determinou a autoridade que encerrasse o presente auto, que lido e achado conforme, vai assinado pela autoridade, pelas testemunhas e por mim, escrivão que o datilografei e o subcrevi.

ass. da autoridade

ass. da testemunha

ass. da testemunha

ass. do escrivão

ANEXO 2

AUTO DE EXIBIÇÃO DE APREENSÃO

Aos dias do mês de de mil novecentos e noventa e, nesta cidade de (ou outra localidade), Estado de, na Delegacia (distrito) de Polícia, onde se fazia presente o senhor F....., Delegado de Polícia, comigo escrivão de seu cargo, compareceu F....., que à autoridade exibiu (descrever o que tenha sido exibido, mencionando as características). Em seguida, pela autoridade, foi efetuada a real apreensão do mesmo objeto (....., papel ou o que seja), que ficará depositado nesta Delegacia, até ulterior deliberação, visto constituir produto (ou instrumento, ou elemento necessário à elucidação) de crime que motivou o presente inquérito policial. Nada mais havendo, determinou à autoridade que encerrasse o presente auto, que lido e achado conforme, vai devidamente assinado pela autoridade, pelas testemunhas F..... e C..... residentes à(cidade), e comigo, escrivão que o datilografei.

ass. da autoridade
ass. do exibidor
ass. 1ª testemunha
ass. 2ª testemunha
ass. escrivão

ANEXO 3

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

O Senhor Dr., manda os detetives (agentes de polícia) desta Delegacia de Polícia, a quem for este apresentado, indo por ele assinado, e que em seu cruzamento se dirijam à, Rua....., nº (cidade ou distrito), de que é morador F....., e ali depois de ao mesmo ou a quem suas vezes fizer ler e mostrar o presente Mandado (instruído por determinação judicial), o intimem a que incontinentemente, franqueie a entrada da casa e de suas dependências, a fim de para esclarecimento de fato delituoso, se dar a busca para ser apreendido o seguinte (descrever a coisa ou pessoa) e em seguida procedam a rigorosas buscas, para o fim supra declarado, arrombando se necessário for, as portas da casa, os cofres ou armários, as gavetas, etc., e praticamente todas as diligências que se entender indispensáveis para se efetuar a apreensão ordenada, podendo prender em flagrante os recalcitrantes e empregar os meios legais para a devida execução deste mandado.

Cumpra-se na forma e sob as penas da lei.

Eu, F....., escrivão, o datilografei.

.....em.....de.....de 19...

AUT.POLICIAL _____

ANEXO 4

SENDO O MORADOR RECALCITRANTE

Quando os executores forem obrigados realizar a busca, ante o negativo do morador, o auto poderá ter a seguinte redação:

Aos dias do mês de, de..... nesta cidade (vila ou distrito) de, em cumprimento do mandado retro, e sua assinatura, e com a devida determinação judicial, fomos à casa sita à Rua, nº (cidade ou vila) de....., àshoras, onde mora o senhor F....., na presença das testemunhas F..... e C....., residentes nesta cidade à rua e Rua, depois de ler e mostrar ao morador F, (ou quem o representou) o citado mandado, o intimamos a que incontinenti nos franqueasse a entrada na casa, a fim de ser realizada a diligência ordenada; e sendo obedecidos, entramos na referida casa e efetuamos minuciosa busca, examinando (mencionar as salas, quartos e outros lugares examinados), fazendo abrir (se isso for necessário) as portas que se achavam fechadas, os armários e gavetas (ou que tiver sido aberto) e em.... (dizer o lugar) encontramos o seguinte (descrever o que foi apreendido ou que não foi encontrado. Do que para constar, lavro este auto, que vai assinado por mim F....., Agente de Polícia (ou o que for) e pelas testemunhas referidas.

ass. da autoridade
ass. dos executores
ass. da 1ª testemunha
ass. da 2ª testemunha
ass. do escrivão

ANEXO 5

REPRESENTAÇÃO SOBRE REALIZAÇÃO DE BUSCA
E APREENSÃO AO PODER JUDICIÁRIO

MM JUIZ:

De conformidade com o artigo 5º da Constituição Federal vigente, inciso XI, última figura, venho à presença de V.Exa., solicitar expedição de Determinação Judicial, a fim de que seja realizada uma busca e apreensão na residência sita à rua..... nº(cidade), em que consta por informações fidedignas dos senhores....., e (.....) que o réu F....., evadido desta Cadeia Pública, na data de hoje por volta das 03:00 hs da madrugada, e se encontram homiziados no endereço acima, se fazendo mister a entrada na residência por meios não suassórios devido que o morador não admite a entrada e tal medida se requer com urgência sob pena dos evadidos dali sairem fugindo para outro local.

.....,.....de de 199..

AUT.POL. _____

ANEXO 6

RELATÓRIO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

- quando o morador se encontrar ausente -

Chegando-se ao local onde se deveria proceder a busca, após bater insistentemente à porta, ninguém respondeu; diante da presumível ausência do morador, foi convidado o vizinho, senhor F....., R....., para acompanhar a diligência, se dispondo de pronto. Não havendo possibilidade de se adiar tal diligência se deu início ao arrombamento da porta de entrada, sendo ainda arrombados, portas de armários e cofres. Não havendo êxito na busca, foram providenciados os devidos reparos, dando por finda tal diligência.

.....,....., dede 19..

EXECUTORES: _____

ANEXO 7

RELATÓRIO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO
- quando recalcitrante o morador acrescentar -

Tendo sido apresentado e lido o presente Mandado ao morador, este recalcitrado, não permitindo que a diligência fosse realizada, diante disto a porta foi forçada e tendo sido realizada a diligência por meio de força. Tendo sido encontrada a pessoa procurada dentro de um esconderijo existente no forro da residência, a qual foi detida e conduzida à presença da autoridade policial, bem como o recalcitrante, o qual lhe foi dada voz de prisão, por desobediência à ordem legal e também apresentada à autoridade policial.

.....,....., dede 199...

EXECUTORES: _____

ANEXO B

RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO SOBRE
REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO

Após ter sido expedida DETERMINAÇÃO JUDICIAL, pelo MM. Juiz de direito da Comarca, em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão, esta autoridade que abaixo subscreve (ou quem deu cumprimento) acompanhado dos senhores A..... B..... C....., policiais civis (ou cargo que exercem), na qualidade de executores, acompanhados das testemunhas E....., F....., residentes neste município às Ruas

....., respectivamente, no dia....., às..... horas, nos dirigimos à residência (ou local onde exerce atividade) do senhor G....., dando-lhe ciência da diligência a ser realizada, sendo-lhe lido o teor do referido Mandado, com aquiescência do mesmo, deu-se início a busca no interior da residência, sendo avidamente acompanhada pelo morador e testemunhas citadas. No quarto dos fundos da residência, no interior de um armário, foi encontrado um invólucro confeccionado de veludo, na cor amarela e no seu interior cerca de 500 gramas de peças (correntes, gargantilhas, anéis) na cor dourada, semelhantes ao que se encontra descrito na Mandado referido. Sendo indagado, o morador revelou que tais objetos foram ali deixados por seu filho J....., que não se encontrava no momento. Diante disto, foi realizada a arrecadação de tais peças, as quais foram removidas para a Delegacia de Polícia local, para formalização da apreensão, bem como, ficou intimado o morador para prestar os devidos esclarecimentos a respeito dos fatos.

Nada mais digno de se registrar, deu por findo o presente relatório.

Local..... de..... de 19....

EX.....

EX.....

EX.....

TES.....

TES.....

TES.....

ESC..... (se este acompanhou a diligência)

ANEXO 9

REPRESENTAÇÃO - SOBRE REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Consta conforme relatório do Setor de Investigação desta Delegacia de Polícia, elaborado pelos policiais F..... e C....., que na residência sita à Rua..... nº (neste município) constam de declarações de pessoas viciadas, havendo indícios veementes de que a residência mencionada vem servindo de ponto de comércio de substância entorpecente. Diante disto, e de conformidade com o artigo 5º, inciso XI da CF, venho requerer a V.Exa. a urgente expedição da Determinação Judicial autorizando a entrada na residência citada, para a necessária realização da busca e apreensão. Segue em anexo, dossiê de investigação.

.....,.....de.....de 19...

Autoridade Policial

ANEXO 10

REPRESENTAÇÃO SOLICITANDO AO MM JUIZ DE DIREITO DA COMARCA,
EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DA BUSCA E
APREENSÃO

MM. Juiz:

Conforme interrogatório do indicado, reduzido a termo nesta Delegacia de F....., este afirmou categoricamente que as jóias (objetos) que furtara dia...., foram vendidos a preço vil, ao senhor C....., com residência sita à Rua..... nº....., neste município, e que o referido cidadão já estava oferecendo tais objetos a terceiros. Isto posto, solicito os seus valiosos préstimos, a fim de que seja com a máxima urgência, expedida Mandado a fim de que possamos realizar a busca e apreensão na residência mencionada.

ANEXO 11

RELATÓRIO DE ARRECADAÇÃO

Tendo comparecido na Rua....., nas proximidades do nº..... neste município, por volta das horas, a fim de proceder um levantamento do local do crime, procedendo as diligências necessárias, arrecadei (descrever mencionando as características) relacionado com o crime, pelo que foi ainda no local arrecadado na presença das testemunhas F....., Rua....., nº..... e C....., Rua....., nº....., ambos residentes neste município, cujo objeto (.....) importa para a devida elucidação do crime, faço a apresentação a V.Sª.

.....,.... dede 19...

AGENTE (Função)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Valter P. Processo penal. 12.ed. Rio de Janeiro : Ed. o Autor Ltda., 1977. p.259-261.
- _____. Processo penal. 15.ed. Rio de Janeiro : Ed. O Autor Ltda. 1981. p.259-261.
- CASTELO BRANCO, Tales Oscar. Da busca em flagrante. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 1979. p.169-179.
- COBRA, Coreliano Nogueira. Manual de investigação policial. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.82-111.
- COSTA, José Armando da. Teoria e prática do processo administrativo disciplinar. São Paulo : Saraiva, 1987. p. 210-212.
- COSTA, Milton Lopes. Manual de polícia judiciária. 2.ed. Rio de Janeiro : Corcel Gráfica e Copiadora Ltda. p.134-142.
- CRETELA JR. J. Comentários à constituição de 1988. Art. 5º, inciso XI, v.1. Rio de Janeiro : Forense Universtitária, 1990.
- DELMANTO, Celso. Código penal anotado. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1982. p.163-168.
- GARCIA, Ismar Estulano. Inquérito. Procedimento policial. 2.ed. Goiana : AB, 1991. p.181-191.
- GOMES, Amintas Vidal. Novo manual do delegado. 5.ed. Revisado e atualizado por Antonio Malfitano e Luiz Alexandre Lafayete Stockler. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p.365 -382.

JQUES, Paulino. Curso de direito constitucional. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977, p.464-469.

JESUS, Damásio Evangelista. Código de processo penal anotado. São Paulo : Saraiva, 1982. p.143 a 147.

MALUF, Sahid. Direito constitucional. 12.ed. São Paulo : Sugestões literárias, 1980. p.411-413.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 15.ed. São Paulo : Saraiva, 1979. p.181-199. v.2.

_____. Curso de direito processual penal. 12.ed. São Paulo : Saraiva, 1979. p.92-96.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 4.ed. Rio de Janeiro : Forense. p.311-331. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 5.ed. São Paulo, Bauru : Jalovi. p.309-327.