

CLAYTON DA SILVA BEZERRA
GIOVANI CELSO AGNOLETTO

Organizadores

BUSCA E APREENSÃO

doutrina e prática
(A visão do Delegado de Polícia)



Colaboradores

Alexandre Saraiva
Breno Azevedo de Carvalho
Carlos Eduardo Lamas Moreira
Carlos Eduardo Pellegrini
Clayton da Silva Bezerra
Eduardo de Camargo Loberto
Giovani Celso Agnoletto
Henrique Hoffman Monteiro de Castro
Lorenzo Martins Pompílio da Hora

Marcio Adriano Anselmo
Marcio Alberto
Rubens de Lyra Pereira
Sérgio Luís Lamas Moreira
Stenio Santos Sousa
Tácio Muzzi
Victor César Carvalho dos Santos
Wellington Clay Porcino Silva
Wilson Antonio Paeze Segundo

Prefácio

José Rita Martins Lara - Diretor da Academia Nacional de Polícia
José Amaury de Rosis Portugal - Presidente do SINDPFSP





CLAYTON DA SILVA BEZERRA

O autor é Doutorando em Ciências Jurídica e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA, **Especialista em Direito e Processo Penal – AVM-Universidade Cândido Mendes – 2008**, Especialista em Direito Processual Civil – AVM Universidade Cândido Mendes - 2004, MBA em Gestão – Fundação Getúlio Vargas - 2003, Tutor da Academia Nacional de Polícia - ANP, É Delegado de Polícia Federal, Integrante do Grupo de Estudos da criminalidade cibernética Organizada - da Academia Nacional de Polícia - ANP - Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Rio de Janeiro. Vice-Presidente da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. Coordenador Geral da Ação Social Federal Kids. Foi Gerente Operacional de **Segurança Cibernética** para a Copa das Confederações – FIFA 2013, Gerente Operacional de **Segurança Cibernética** para Encontro Mundial da Juventude - 2013, Gerente do Projeto de **Segurança Cibernética** no evento da Organização das Nações Unidas – ONU, Rio+20 – junho – 2012 – GEPNet.



GIOVANI CELSO AGNOLETTI

Aluno especial do curso de **Doutorado** da Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo – USP, no Programa de Ciências da Comunicação, é **Mestre** pelo Instituto Mauá de Tecnologia (área de meio-ambiente), **pós graduado** em Investigação Criminal pela Academia Nacional de Polícia – ANP-DF, pós graduado em Administração de Empresas pela Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM-SP, **graduado** em Direito pela Universidade Bandeirante - Uniban-SP e também, **graduado** em Comunicação Social pela Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM-SP. Certificador Oficial do INEP e professor universitário desde 1989, em diversas instituições de ensino superior e atualmente está vinculado à Academia Nacional de Polícia em Brasília, como Tutor de EAD, em disciplinas afetas a área de segurança pública. É Delegado de Polícia Federal, lotado no Estado de São Paulo, já atuou como Policial Civil na cidade de São Paulo e também Oficial da Reserva da arma de Infantaria do Exército Brasileiro.

BUSCA E APREENSÃO

doutrina e prática

(A visão do Delegado de Polícia)



B574c

Bezerra, Clayton da Silva/Agnoletto, Giovanni Celso

Busca e Apreensão / Clayton da Silva Bezerra, Giovanni Celso Agnoletto

1.ed.- Rio de Janeiro; Mallet Editora, 2020.

394p.; 16 x 23 cm. (Doutrina e Prática – A visão do delegado de polícia - 5)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-92842-03-1

1. Processo penal. 2. Direito penal..

I. Bezerra, Clayton da Silva. I. Agnoletto, Giovanni Celso. III. Série

CDD: 340

CDU:343.1(81)

31/03/2017

Clayton da Silva Bezerra
Giovani Celso Agnoletto
Organizadores

BUSCA E APREENSÃO

Doutrina e Prática
(A Visão do Delegado de Polícia)

1ª Edição – 2020 – Rio de Janeiro – RJ



©Clayton da Silva Bezerra e Giovani Celso Agnoletto (Orgs.)
©M. Mallet Editora Ltda.

Projeto Gráfico e Capa
Ana Carolina Mallet – Mallet Editora

Diagramação
Sandra Alves – Mallet Editora

Revisão
Mauro Mallet

Supervisão editorial
Clayton da Silva Bezerra
Giovani Celso Agnoletto

Editor
Mauro Mallet

1ª EDIÇÃO – 2020 – Rio de Janeiro

Reservada a propriedade literária desta publicação e
todos os direitos para Língua Portuguesa pela
M. MALLET EDITORA LTDA

Tradução e reprodução proibidas, total ou parcialmente
Conforme a Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Rua Ferreira Sampaio 38 – Encantado
CEP 20756-010 – Rio de Janeiro – RJ
Tel./Fax (21) 4106-8235 celular 99613-0628
Site: www.malleteditora.com.br
e-mail: vendas@malleteditora.com.br



Impressão no Brasil

AGRADECIMENTOS

Não poderíamos deixar de agradecer aos amigos de profissão (Civil e Federal) que aceitaram o desafio de escrever esta obra para mostrar ao mundo acadêmico o pensamento deste operador do Direito que é o Delegado de Polícia.

APRESENTAÇÃO

“*Tempus fugit...*”

“*Labor Omnia Vincit...*”

Como todo bom jurista, gostamos de expressões latinas para expressar nossos pensamentos (e até mesmo, alguns sentimentos), por isso escolhemos de uma só vez, duas expressões que de fato retratam de maneira exata o lançamento de mais este volume da coleção Doutrina e prática, a visão do Delegado de Polícia.

Tempus fugit é uma expressão latina que significa “O tempo foge”, mas que é normalmente traduzida como “**o tempo voa**”. A expressão foi usada pela primeira vez nas Geórgicas do poeta romano Virgílio: *Sed fugit interea fugit irreparabile tempus* (“Mas ele foge: irreversivelmente o tempo foge”).

Labor omnia vincit, também de origem latina cujo significado é “Trabalho vence tudo”, citada igualmente pelo poeta Virgílio (Geórgicas, 144 e 145)

(Labor omnia vincit. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Labor_omnia_vincit Acesso em: 20 fev 2017.).

Para nós do Conselho Editorial desta coleção, após um ano do lançamento do primeiro título (Inquérito Policial) em outubro de 2015, humildemente concordamos com o pensamento de Virgílio: de fato o “tempo voa e o trabalho persistente vence tudo”.

Levando à frente o desafio de estabelecer e divulgar uma “doutrina policial”, desde o início de 2015, muita coisa já aconteceu e ainda está por acontecer: além desta obra (a quinta), já foram publicados **três** livros da Coleção “**pensamentos acadêmicos**” e a “**rádio polícia cidadã**” já é uma realidade nos meios de comunicação, levando ao ar, diariamente, para o mundo inteiro através da internet, a visão do Delegado de Polícia, a nossa visão... o nosso pensamento!

Este **quinto** livro “**Busca e Apreensão – Doutrina e Prática Policial. A visão do Delegado de Polícia**” é o resultado do esforço acadêmico de vários estudiosos deste tema tão atual e inquietante e que ocupa uma parcela importante de nosso dia a dia, seja quando elaboramos representações, seja quando estamos no campo, liderando as equipes de busca.

De todos os títulos, certamente este é um dos mais importantes, porque todos os dias, em todas as Delegacias do Brasil, nos deparamos com o desafio do

trabalho investigativo, de produzir provas, de robustecer o conjunto probatório, e certamente, “a busca”, seja ela onde for conduzida, é uma magnífica fonte probatória. Por outro lado, não se pode deixar de mencionar os riscos inerentes ao trabalho policial quando de sua execução, tanto para a equipe propriamente, como para as testemunhas e investigados, mas há que se levar em conta também, que adentrar na residência de um cidadão, violando um direito constitucional, por si só denota o grau de importância do tema. Afinal, ninguém quer ter a “polícia batendo à sua porta de madrugada”...

Não pretendemos esgotar o tema, até mesmo porque, o assunto merece vários volumes, afinal, cada crime, cada local de busca, cada trabalho, todos têm a sua peculiaridade: busca pessoal na rua, busca em residência, busca em escritório, busca em órgão público, busca em aeroportos... enfim, há uma inesgotável fonte de experiência a ser publicada; mesmo assim, este já é um ótimo começo.

Assim, apresentamos a você leitor, o **quinto livro** de uma série de estudos afetos ao trabalho daqueles que se interessam pela segurança pública e que é, sobretudo, um relato prático do nosso dia a dia. É a forma como nós policiais, e agora outros profissionais, todos estudiosos do direito, colaboramos com a justiça deste país.

O objetivo desta coleção é apresentar um trabalho moderno, atualizado e escrito principalmente a partir da visão de um Delegado de Polícia àqueles que operam diariamente no direito criminal, sejam como participantes ou até mesmo responsáveis pela formulação de políticas públicas na área de segurança pública, ou até mesmo para estudiosos deste tema, como docentes ou ainda, para o acadêmico do direito, aquele que na essência, todos somos e nunca deixaremos de ser.

Egon Bittner, um grande pesquisador de temas da área de segurança pública, nascido na antiga Tchecoslováquia e que emigrou para os Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, afirmou em um dos seus mais célebres trabalhos (Aspectos do trabalho policial, Editora da Universidade São Paulo - USP, 2003) que ... é diferente escrever sobre a atividade desenvolvida pela polícia, com uma visão de dentro ou de fora da polícia, ou seja, escrever sobre a polícia sem ser policial, possivelmente irá ter uma visão diferente da realidade praticada... Assim, mais uma vez, nós os coordenadores e todos os nossos colegas, nos esforçamos para trazer a visão de cada um a partir na nossa experiência cotidiana. Esperamos sinceramente que esta obra lhe seja útil e que a partir dela, você leitor, possa ver o trabalho policial a partir dos nossos olhos...

Após o sucesso do lançamento dos **quatro** primeiros livros desta série, temos a certeza de que trazer a discussão “Busca e Apreensão – Doutrina e Prática Policial”, também irá despertar grande interesse, haja vista a enorme importância que as discussões jurídicas vêm tomando corpo nos últimos tempos.

Sabemos que nenhuma obra é perene, e certamente esta (até mesmo pela impressionante evolução do tema) não o será, mas o que se apresenta para leitura é de suma importância para os dias atuais e ainda permanecerá em discussão por muito tempo, certamente, até mesmo quando da futura revisão para novos artigos, por isso, temos uma grande expectativa de que você leitor, irá apreciar bastante os novos e inquietantes temas que aqui são apresentados.

No **primeiro** livro desta coleção, “**Inquérito policial**”, reconhecia-se e destacava-se a merecida importância deste instrumento para a justiça e para a sociedade (*... e não menos importante, também é através de inquérito policial, que aquilo que não é dito ou declarado como verdadeiro após um profundo trabalho investigativo vem à tona como verdade real e os verdadeiros culpados aparecem... e aqui, cabe uma das máximas antigas, que poucos acreditam: o bem prevalece!*) tanto que foi escolhido para ser o primeiro título desta coleção

Já no **segundo** título “**Temas processuais penais da atualidade**”, mais uma vez, até mesmo pela importância que se apresenta e pela enorme responsabilidade que nos foi depositada, pelo sucesso desta coleção, escolhemos especialistas de diversas áreas de atuação, todos Delegados de Polícia, exercendo diuturnamente o trabalho de polícia judiciária, com grande experiência na condução de investigações criminais e exercendo sua atividade nos mais diversos pontos deste imenso país.

No **terceiro** volume “**Combate ao crime cibernético**”, dada a relevância do tema, e o alto grau de “*expertise*” de estudiosos do Direito Cibernético no Brasil, que nos últimos anos vêm colaborando para fomentar discussões e aprimorar a legislação sobre esta matéria. O Conselho Editorial pela primeira nesta coleção, convidou um profissional de renome deste ramo das ciências jurídicas e que faz parte dos quadros da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), para contribuir com seus estudos e engrandecer esta publicação; e acertamos em cheio, com uma publicação oxigenada com a visão de um profissional do Direito (embora não seja policial).

Finalmente, no **quarto** volume “**Colaboração Premiada**”, pela primeira vez a Coleção publica a obra de um único autor, mas que sozinho, representa não só uma instituição, mas traduziu, com seu trabalho à frente da Operação Lava Jato, o que a população brasileira anseia e procura, que é a busca da justiça. Esta obra, prefaciada pelo Juiz federal Sérgio Moro, foi um sucesso editorial antes mesmo de ter sido impressa. O tema da “colaboração premiada” é objeto de uma ADIN junto ao STF, por parte da PGR, que tenta obstaculizar — o trabalho realizado pelos Delegados de Polícia, com relação à celebração de acordos de colaboração premiada. Por isso a obra nos é tão importante.

Buscamos também, para escrever o prefácio desta obra, outro amigo e Delegado de Polícia, o qual muito nos lisonjeia, destacando a posição que ocupa atualmente como Diretor da Academia Nacional de Polícia, a nossa casa de ensino. Mais uma vez agradecemos ao Dr. Jorge Rita Martins Lara.

Também não poderíamos deixar de agradecer ao autor do segundo prefácio desta obra, um policial obstinado e também Delegado de Polícia, que incansavelmente, desde o primeiro momento, foi, e é um dos principais incentivadores deste projeto. Mais uma vez agradecemos ao Dr. Amaury Portugal, Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal do Estado de São Paulo.

Na medida em que cresce a sensação de insegurança e de impunidade, saber o que faz a polícia judiciária no Brasil cresce enormemente em importância.

O cidadão comum quer saber também como são empregados os recursos, qual (ou quais) a(s) técnica(s) utilizadas, o grau de profissionalismo de cada um dos profissionais de segurança pública envolvidos e principalmente: como trabalha a polícia a serviço dos valores de uma sociedade democrática, identificando autores de delitos, produzindo um conjunto probatório valioso, enfim, tudo isso aumenta a sua relevância para a sociedade que se aflige diariamente, e o que fica de importante deste trabalho é: resolver o crime, punir o responsável, colaborar com a justiça!

Esperamos sinceramente que vocês apreciem este trabalho de pesquisa e que os inspire e incentive a discutir o que aqui está proposto.

Por fim, retomando o que já foi dito no primeiro livro sobre o inquérito policial, esperamos que esta obra também seja útil para todos os atores da “penosa” vida jurídica, de estudantes a magistrados, tornando claro o trabalho de investigação policial presidida pelo Delegado de Polícia, que nas palavras do Ministro Marco Aurélio Melo é o “primeiro garantidor da legalidade e da justiça” (HC 84548/SP).

Lembrando as palavras do Delegado Federal Fábio Ricardo Ciavolih Mota ***“Ninguém quer o fim do Inquérito Policial, o que todos querem é O Inquérito Policial”***

PREFÁCIO 1

Após tantos anos como Delegado de Polícia Federal, atuando em investigações neste Estado fabuloso que é São Paulo, resolvi atender aos conclamas de meus colegas e passar a representar a nossa categoria como Presidente do Sindicato dos Delegados Federais neste mesmo Estado.

Já há alguns anos, tenho recebido vários pleitos e sempre que possível, o Sindicato procura atender a todos, mas de maneira bastante particular, quando o colega Dr. Giovani Agnoletto me procurou para apresentar uma ideia, que era o lançamento de um livro sobre “inquérito policial”, desde o primeiro minuto, percebi a grandiosidade da proposta e vi no seu entusiasmo e também no entusiasmo do Dr. Clayton (o outro organizador da obra), uma enorme possibilidade de poder divulgar o trabalho do Delegado de Polícia, o nosso trabalho!

Mas não era apenas um livro sobre “inquérito policial”, que desde o seu lançamento, já veio com a ousadia do número “1” na sua lombada, era uma coleção de livros, uma série de temas importantes, e que a cada obra lançada, se esgota em pouco tempo e vem se solidificando como uma fonte primária de pesquisa para todos e que nos traz hoje ao lançamento do quinto volume, que trata de um dos temas mais importantes do nosso trabalho, que é o “mandado de busca”.

Assim, nada mais oportuno e nada mais condizente, do que levar o nosso trabalho e a forma como o fazemos, a todos aqueles que nos relacionamos no dia a dia do trabalho de polícia judiciária, sejam os juízes, os promotores, procuradores, os advogados, os estudantes de direito e os próprios colegas de todos os Estados, servindo como incentivo à produção acadêmica e a difusão de nossas ideias.

Estes livros também são oferecidos como doação às bibliotecas de Instituições de Ensino Superior, às bancadas estaduais e federais de cada Estado da federação, de todos os partidos e principalmente, as várias Academias de Polícia Civil em cada Estado.

Temos notícia de que várias obras já se encontram em bibliotecas no exterior. Vejo nesta coleção, como principais qualidades:

A primeira que é a difusão do pensamento e do trabalho do Delegado de Polícia e a segunda, mas talvez a mais importante, que é a criação de uma “doutrina policial”.

Sinto-me honrado em ter sido convidado a prefaciar esta obra, juntamente com meu colega, o Dr. José Rita Martins Lara, Diretor da Academia Nacional de Polícia, ainda mais sabendo do sucesso que esta coleção de livros tem alcançado desde o seu primeiro lançamento.

Só me falta enaltecer o trabalho sério e honesto dos organizadores e escritores não só deste livro, mas de todos os volumes já lançados e dos futuros.

Fica o meu agradecimento por tamanha honra, e desde já, registro a minha esperança de que possamos lançar muitos outros volumes, afinal de contas, o trabalho da polícia é praticamente inesgotável. Fica o meu agradecimento por tamanha honra, e desde já, registro a minha esperança de que possamos lançar muitos outros volumes, afinal de contas, o trabalho da polícia é praticamente inesgotável.

Parabéns aos colegas escritores e parabéns aos organizadores Drs. Giovani Agnoletto e Clayton Bezerra.

*José Amaury de Rosis Portugal**

- * Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie – São Paulo/SP, Ingressou na Polícia Federal no ano de 1970 por concurso público de provas e títulos, Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Estado de São Paulo - Membro da Diretoria da Federação Nacional dos Delegados Federais – FENADEPOL, Foi Diretor Regional da Associação dos Delegados de Polícia Federal no Estado de São Paulo - Membro da International Police Association – IPA, Agraciado com a “Medalha do Conselho de Ministros de Portugal” - 1972 - Agraciado com a “Medalha Alferes Tiradentes” pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Agraciado com a “Medalha Gold Phoenix” do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Distrito Federal – SINDEPOL - 2010

PREFÁCIO 2

Muitas são as instituições de ensino voltadas exclusivamente para o tema da segurança pública. Poucas, porém, são as que efetivamente conseguem se manter como protagonistas na produção de ciências policiais.

Quando leio algum artigo sobre ciências policiais sempre relaciono seu autor como sendo alguém da área de segurança pública. Porém, no Brasil, grande parte do que se escreve, como ciências policiais, advém das universidades e dos institutos superiores de ensino. São mestres e doutores de diversas áreas do conhecimento que, diuturnamente, escrevem sobre segurança pública e publicam seus artigos e livros vinculados às suas respectivas universidades e institutos. Por se tratar de um tema universal, não se justifica uma crítica pejorativa acerca dessa produção. O debate que se pretende apresentar é o do porquê as instituições voltadas para a segurança pública têm produzido tão pouco conhecimento nas áreas das ciências policiais.

Quando chegou em minhas mãos o livro 5: Coleção Doutrina e Prática – A visão do Delegado de Polícia, com o tema: Busca e Apreensão, editado com o apoio do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal do Rio de Janeiro, pude ter certeza de que uma nova vertente estaria surgindo nessa área do conhecimento. Ao findar a leitura dos artigos que compõem esta obra, cujos autores, — doutores, mestres e especialistas, todos autoridades policiais, portanto, delegados de polícia —, não restou mais dúvida de que um novo caminho está sendo pavimentado para a efetiva produção científica acerca das ciências policiais no Brasil, notadamente no campo da investigação criminal. Trata-se, portanto, de conteúdo que representa não apenas um reacender da discussão em torno do que a Polícia faz ou deve fazer para prestar um melhor serviço social, mas que também simboliza a retomada do protagonismo dos atores em segurança pública, que efetivamente dirigem e aplicam o direito, na construção dos saberes teórico e prático, temas tão importantes, como é o instrumento da busca e apreensão.

É de se ressaltar a abnegação dos autores desta obra, os quais, ademais das rotineiras atividades estressantes do cargo de Delegado de Polícia, das infindáveis horas de estudos voltados à conclusão de suas especializações, metrados e doutorados, ainda “fabricam” tempo para se dedicarem à produção científica, como ora apresentam. As vicissitudes do exercício do cargo de Delegado de

Polícia não impediram a magistral capacidade dos autores em produzir artigos inovadores, inspiradores, criativos e de alto nível, com elucubrações que permitem uma continuidade assertiva da produção científica nas áreas das ciências policiais.

A leitura dos tópicos que compõem este livro nos dá um panorama da real responsabilidade que recai sobre a autoridade de polícia judiciária e o seu papel de destaque na condução de uma investigação, cuja busca da verdade requer imparcialidade e um vasto conhecimento teórico e científico, que se funda na prática cotidiana de suas atividades de investigação criminal.

As teorias, técnicas e posicionamentos trazidos à colação neste compêndio, ao tratar do tópico específico da busca e apreensão, não deixam dúvidas do quanto a autoridade policial deve estar cada vez mais preparada para exercer seu mister. Não se pode olvidar de que a busca e apreensão, como medida cautelar, seja uma das faces mais visíveis da *persecutio criminis*, responsável pela busca da verdade, através da colheita de elementos informativos e probatórios, que possibilitam assegurar os efeitos da condenação e a eficácia da persecução penal.

Não resta dúvida de que o passo dado por estes delegados de polícia, que ora sucedem tantos outros delegados autores, que há tempo vem tentando abrir espaço para divulgar suas teses, no campo das ciências policiais, culminará em um arcabouço doutrinário e jurídico que respaldará a exclusividade da investigação a cargo da Autoridade Policial.

A retomada do poder de decisão acerca da expedição própria do mandado de busca e apreensão, sem o aval da autoridade judicial, cerceado com a constituição de 1988, poderá ser restaurado com a publicação da Lei 12.830/13, que estabelece a carreira de Delegado de Polícia como carreira jurídica, essencial e exclusiva de Estado. Natureza esta que a coloca no mesmo patamar de todas as outras carreiras jurídicas e que sinaliza o caráter jurisdicional do trabalho de investigação. Debates como estes poderão ser verificados no curso da leitura dos diversos artigos que compõe este livro, cujas teses justificam a necessária participação dos delegados de polícia na produção do conhecimento com ênfase na segurança pública.

A função de investigar, caráter exclusivo de Polícia Judiciária, portanto adstrita à autoridade policial, atento às exceções, não pode ser usurpada por membros de qualquer outra instituição, quer seja do Ministério Público ou de outra polícia que não a civil. Aceitar, por exemplo, que a Polícia Rodoviária Federal, as polícias militares ou membros do Ministério Público exerçam essa função é desprezar preceito constitucional e normas infraconstitucionais, deixando que o desvio de função, por parte daquelas instituições, traga prejuízo à sociedade, uma vez que a instituição que assim age, deixa de assumir as atividades específicas para as quais foram instituídas. Estes, dentre tantos outros,

são os questionamentos que o caro leitor se debruçará quando da leitura dos tópicos que compõem essa respeitável obra.

Assim, fico muito grato pela possibilidade, em primeira mão, de ter acesso a uma gama de conhecimento produzido por nossas respeitáveis autoridades policiais, que não só aprofundaram no instituto da busca e apreensão, bem como disponibilizaram teses inovadoras no campo das ciências policiais, possibilitando a todos os operadores do direito uma visão atualizada do instituto.

Nosso reconhecimento aos autores.

Que tenham todos uma boa leitura.

*José Rita Martins Lara**

- * Bacharelado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco – 1990, Pós-Graduação em Direito Processual Civil - Escola Superior da Magistratura do MS – ESMAGIS – 1992, Licenciatura em Filosofia – Universidade Católica Dom Bosco – 1994, Graduação em Psicologia – Universidade Tiradentes - Aracaju/SE – 2004, Professional & Self Coaching – PSC – Instituto Brasileiro de Coaching – Brasília – 2015, Leader Coaching Training – Instituto Brasileiro de Coaching – Brasília – 2016. Escrivão de Polícia Federal – 1988 a 1996, Delegado de Polícia Federal desde 1996, Corregedor Regional da SR/DPF/SE – 2002, Delegado Regional de Combate ao Crime Organizado na SR/DPF/SE – 2003, Corregedor Regional na SR/DPF/SE – 2006, Delegado Regional Executiva na SR/DPF/SC – 2008, Superintendente Regional da SR/DPF/MS – 2008, Adido Policial na Colômbia - 2011 – 2013, Superintendente Regional da SR/DPF/BA – 2013-2015, Professor da Academia Nacional de Polícia – ANP/PF, Tutor da Academia Nacional de Polícia – ANP/PF, Diretor da Academia Nacional de Polícia – 2015

EPÍGRAFE

Caiu um avião?!... aparecem os “especialistas” em queda de avião...

Copa do mundo?!... surgem os especialistas em futebol...

Manifestações de rua?! materializam-se os especialistas em manifestações...

Alta da inflação?!... instantaneamente os especialistas em economia...

Baixa da inflação, ajuste fiscal, *impeachment*?!... especialistas em política...

Maioridade penal, liberação de drogas, refugiados, sim, também temos especialistas; e por aí afora...

E como não poderia deixar de ser, quando se discute “segurança pública”, também há uma oportunidade única para aqueles que se autodenominam “especialistas em segurança pública”, mas que na verdade, em sua maioria ou quase a totalidade, são oportunistas!

O inquérito policial – atacado e criticado por muitos desses especialistas – é o principal instrumento utilizado para se chegar à justiça no Brasil, senão o único!

A luta fundamental pelo poder é a batalha pela construção de significado na mente das pessoas, o que explica em grande medida a luta desenfreada desses “especialistas” em criticar a polícia e o trabalho policial, sobretudo, o inquérito.

É possível haver um trabalho investigativo sério, com cadeia de custódia probatória preservada, com organização temporal, com exposição crítica e técnica dos fatos, com sigilo, com ciência, com tecnicidade... se não houver um inquérito?

Todos aqueles que colaboraram para que esta obra existisse são policiais! Se não somos especialistas, ao menos somos aqueles que fazem do inquérito a razão da nossa existência e lutamos para que este instrumento fique melhor, buscando aprimorar e melhorar a cada dia que entramos em uma Delegacia em qualquer parte deste vasto país.

Nós, os policiais, quando acordamos cedo (ou por vezes, nem dormimos), para ir às ruas e realizar o trabalho que escolhemos por vocação e por orgulho de pertencer a uma instituição policial, certamente podemos resumir em três palavras o nosso dia-a-dia e a nossa expectativa:

força, coragem e honra!

Há justiça sem polícia?

SUMÁRIO

Capítulo I	
ASPECTOS JURÍDICOS DA BUSCA E APREENSÃO	21
<i>Henrique Hoffmann Monteiro de Castro</i>	
Capítulo II	
MEDIDAS CAUTELARES ILEGAIS NA PERSECUÇÃO PENAL – O QUADRO PARANOICO E O ORDENAMENTO DELIRANTE	113
<i>Eduardo de Camargo Loberto</i>	
Capítulo III	
O DELEGADO DE POLÍCIA E A PROTEÇÃO DOMICILIAR	121
<i>Sérgio Luis Lamas Moreira e Carlos Eduardo Lamas Moreira</i>	
Capítulo IV	
BUSCA EXPLORATÓRIA	147
<i>Márcio Adriano Anselmo</i>	
Capítulo V	
BUSCA E APREENSÃO VIRTUAL: EVIDÊNCIAS DIGITAIS EM NUVEM COMPUTACIONAL	157
<i>Stenio Santos Sousa</i>	
Capítulo VI	
BUSCA E APREENSÃO EM CRIMES AMBIENTAIS	183
<i>Alexandre Saraiva</i>	
Capítulo VII	
A DILIGÊNCIA DE BUSCA NO CENÁRIO DOS CRIMES ABRANGIDOS PELO UNIVERSO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS & TELÉGRAFOS	195
<i>Lorenzo Martins Pompílio da Hora</i>	
Capítulo VIII	
BUSCA E APREENSÃO NAS INVESTIGAÇÕES DE REPRESSÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES	211
<i>Victor Cesar Carvalho dos Santos</i>	
Capítulo IX	
A BUSCA E APREENSÃO EM OPERAÇÕES DE CONTRAINTELIGÊNCIA POLICIAL	221
<i>Wellington Clay Porcino Silva</i>	

Capítulo X	
BUSCA E APREENSÃO DE OBRAS DE ARTE	237
<i>Márcio Adriano Anselmo</i>	
Capítulo XI	
BUSCA E APREENSÃO EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO	253
<i>Marcio Alberto Gomes Silva</i>	
Capítulo XII	
A BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES CONTRA A VIDA	263
<i>Rubens de Lyra Pereira</i>	
Capítulo XIII	
DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA	283
<i>Carlos Eduardo Pellegrini</i>	
Capítulo XIV	
A BUSCA E APREENSÃO NO CURSO DE INVESTIGAÇÕES DE CRIMES FINANCEIROS: ASPECTOS PRÁTICOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR	325
<i>Tácio Muzzi</i>	
Capítulo XV	
ENCONTROS FORTUITOS NO BOJO DE BUSCA DOMICILIAR	335
<i>Wilson Antonio Paeze Segundo</i>	
Capítulo XVI	
A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR, O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E A SUBVERSÃO DAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS COM O CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR	345
<i>Breno Azevedo de Carvalho</i>	
Capítulo XVII	
APREENSÃO DE VALORES EM ESPÉCIE EM AEROPORTOS BRASILEIROS: CONSIDERAÇÕES E BASE LEGAL	363
<i>Clayton da Silva Bezerra e Giovani Celso Agnoletto</i>	

Capítulo I

ASPECTOS JURÍDICOS DA BUSCA E APREENSÃO

Henrique Hoffmann Monteiro de Castro¹

1. BUSCA E APREENSÃO E DEVIDA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A busca e apreensão é tratada de forma deficiente pela legislação, e a doutrina ainda não sistematizou a temática com a suficiente extensão vertical e horizontal. Para iniciar o estudo do assunto, é preciso inseri-lo no contexto da devida investigação criminal.

Não existem dúvidas de que a Constituição Federal, seguida pela legislação ordinária, adotou um sistema processual penal acusatório que outorga a atores distintos as funções de investigar, acusar, defender e julgar. Nessa vereda, assume especial relevo em um Estado Democrático de Direito a investigação criminal, levada a efeito pela Polícia Federal e Polícia Civil em sua missão constitucional de polícia judiciária e de apuração de infrações penais (art. 144 da CF), funções de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado (art. 2º, *caput* da Lei 12.830/13).

Em que pese a admissibilidade excepcional de investigação criminal por outros órgãos estatais, a Polícia Judiciária é a instituição com maior aptidão a levar adiante a apuração criminal.

O delegado de polícia é a autoridade responsável pela fase investigativa por

1 * Delegado de Polícia Civil do Paraná. Professor Coordenador da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FACNOPAR e do Curso CEI. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Paraná, da Escola do Ministério Público do Paraná, da Escola de Governo de Santa Catarina (Curso de Formação de Defensores Públicos), da Escola Nacional de Polícia Judiciária e da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho, e em Segurança Pública pela UNIESP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Colunista do Conj. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da Associação Internacional de Direito Penal. Assessor Jurídico da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Civil.

meio da presidência exclusiva do inquérito policial, vocacionada a conduzir de maneira discricionária o procedimento policial (art. 2º, §1º da Lei 12.830/13).

Como presidente do inquérito policial, almeja descortinar a materialidade e autoria das infrações penais, determina o rumo da investigação de acordo com as peculiaridades do caso concreto, segundo seu livre convencimento técnico-jurídico² e com imparcialidade. A apuração criminal deve ser dissociada de qualquer compromisso com a acusação ou a defesa: mais do que fornecer subsídios à eventual ação penal (função preparatória), tem a importante missão de garantir direitos fundamentais e evitar acusações levianas (função preservadora).³

Logo, não há que se falar em um suposto caráter unidirecional da investigação criminal,⁴ o que se depreende da própria exposição de motivos do CPP, que afirma que o inquérito policial é uma garantia contra apressados e errôneos juízos. Destarte, afastando-se a instrução preliminar como via de mão única e sua condução com uma visão monocular, impede-se que a acusação seja hipertrofiada na mesma medida do desprestígio da defesa.

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

Essa investigação preliminar deve ser feita com forte respeito aos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal, evitando ao mesmo tempo o excesso punitivo contra o investigado e a proteção insuficiente da sociedade,⁵ daí porque pode ser chamada de devida investigação criminal. Busca o necessário equilíbrio entre garantismo e efetividade na primeira fase da *persecutio criminis*.

2 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 177/180.

3 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais. Revista Consultor Jurídico, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

4 Para minha satisfação, tais argumentos embasaram a mudança de posição da melhor doutrina: NICOLITT, André. Manual de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 202.

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

<i>Devida investigação criminal</i>		
Órgão vocacionado	Polícia Judiciária (Polícia Federal e Polícia Civil)	Art. 144, §§1º e 4º da CF
Natureza	- Jurídica - Essencial - Exclusiva de Estado	Art. 2º, caput da Lei 12.830/13
Fundamentos	Respeito aos direitos fundamentais da vítima, testemunhas e investigado	Art. 1º, III da CF
Finalidades	- Garantir direitos fundamentais e evitar acusações temerárias (função preservadora) - Fornecer elementos para eventual ação penal (função preparatória)	Exposição de Motivos do CPP
Características	- Reserva relativa de jurisdição - Não unidirecionalidade - Imparcialidade - Equilíbrio entre garantismo e efetividade	Art. 5º da CF

Com emprego de técnicas simples ou mais sofisticadas, o fato é que os criminosos dificilmente fornecem voluntariamente os objetos de interesse à investigação da Polícia Judiciária. Assim, a Polícia Investigativa deve empregar todos os recursos para evitar a ocultação ou destruição de tais elementos, pois a apreensão de objetos garante o sucesso de muitas apurações criminais.

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

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

É indubitável que o inquérito policial repercute nos bens jurídicos mais caros ao cidadão, quais sejam, liberdade, patrimônio e intimidade, retirando o *eu* e suas *circunstâncias*.⁶ Nesse panorama, a busca e apreensão sobressai-se como uma das principais medidas constritivas do patrimônio, mitigando ainda a intimidade do indivíduo.

⁶ Expressão de Ortega y Gasset citada por LOPES JÚNIOR, Aury, Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

<i>Direitos fundamentais, busca e apreensão e investigação preliminar</i>		
Liberdade Propriedade Intimidade	} Busca e apreensão	} Investigação preliminar

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

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

2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CLASSIFICAÇÃO

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

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

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

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

<i>Busca e apreensão</i>	
Conceito	Diligência para angariar elementos de convicção e evitar o seu perecimento, de modo a provar a materialidade do delito e sua respectiva autoria
Natureza	Medida cautelar probatória
Pressupostos	<i>Fumus boni iuris e periculum in mora</i>
Principais características	Instrumentalidade qualificada e preventividade

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

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

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

<i>Possibilidade de busca sem apreensão, e de apreensão não antecedida de busca</i>	
- Busca sem êxito	→ Encerramento das investigações ou adoção de outras diligências
- Busca com êxito	} Apreensão (detenção jurídica da coisa pelo Estado)
- Entrega voluntária	
- Encontro fortuito	

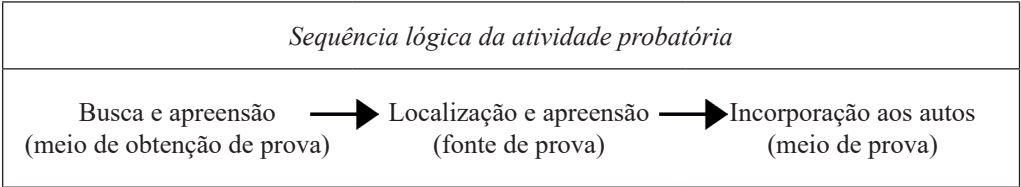
A busca e apreensão, muito embora ocorre na maior parte das vezes na fase investigativa, pode ocorrer também na etapa processual. Como meio de obtenção de prova que é, consiste em atividade extraprocessual (e não endoprocessual,

como os meios de prova). Durante a investigação preliminar, o legitimado para decretar a medida cautelar é a autoridade de Polícia Judiciária, enquanto no curso do processo o juiz é quem deve formalizar a apreensão.

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

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

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



Sabendo que a busca e apreensão traduz uma medida cautelar relativa à prova, não é demais diferenciar as medidas cautelares patrimoniais, probatórias e pessoais.

Classificação das medidas cautelares			
	Probatórias	Patrimoniais	Pessoais
Finalidade	Obter prova para embasar a persecução penal, impedindo seu perecimento	Assegurar os efeitos da condenação (reparação do dano e perdimento de bens)	Assegurar a eficácia da persecução penal, por meio da restrição ou privação da liberdade de locomoção do imputado para

Exemplos	Busca e apreensão pessoal e domiciliar (arts. 240 e ss do CPP), interceptação telefônica (Lei 9.296/96)	Medidas assecuratórias (arts. 125 e ss do CPP) e restituição de coisas apreendidas (arts. 118 e ss do CPP)	Prisão preventiva (arts. 311 e ss do CPP), prisão temporária (Lei 7.960/89) e medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e ss do CPP)

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

Instrumento do crime é o utensílio empregado para a prática do delito (ex: arma de fogo no homicídio, veículo na embriaguez ao volante). Produto do crime consiste na vantagem diretamente obtida com o cometimento da infração penal (ex: televisão subtraída, dinheiro desviado). Proveito do crime traduz a vantagem indireta conseguida com a prática delituosa (ex: dinheiro resultante da venda de carro subtraído).

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

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

(...)

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

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

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

Art. 91 - São efeitos da condenação:

(...)

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

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

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

Em resumo, se a intenção do delegado de polícia for apreender objeto para provar a materialidade e autoria delitiva, utiliza a busca e apreensão. Já se a intenção for possibilitar a reparação da vítima, confisco do Estado e asfixia financeira do criminoso, emprega o sequestro.

	<i>Busca e apreensão</i>	<i>Sequestro</i>
Natureza da medida	Medida cautelar probatória	Medida cautelar patrimonial (Assecuratória)
Objeto a ser apreendido	Instrumento ou produto do crime (art. 240, §1º, d e c)	Proveito do crime (arts. 132, 125 e 126 do CPP) ou bem ou valor equivalente (art. 91, §2º do CP)
Finalidade	Provar a materialidade e autoria delitiva	Possibilitar a reparação da vítima, confisco do Estado e asfixia financeira do criminoso

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

<i>Busca e apreensão</i>		
	Pessoal	Domiciliar
Local	No corpo, vestimenta, pertences ou veículos	No interior da casa
Previsão Normativa	Art. 244 do CPP	Art. 5º, XI da CF e arts. 240 a 250 do CPP
Momento	A qualquer tempo	Durante o dia
Requisitos	Fundada suspeita	Fundadas razões
Pressupostos	<i>Fumus boni iuris e periculum in mora</i>	

Muito embora as expressões *fundada suspeita* e *fundadas razões* pareçam sinônimas, a doutrina costuma diferenciar os termos entendendo a primeira como desconfiança ou suposição mais intuitiva e frágil, enquanto a última reclama maior concretude.⁷

3. OBJETIVOS

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

Os objetivos manifestam-se no binômio utilidade e pertinência,⁸ e estão expressos na Lei Processual Penal. A utilidade é demonstrada pela vedação à restituição das coisas apreendidas, o que representa, *a contrario sensu*, a exigência de manutenção da apreensão (art. 118 do CPP). A pertinência se evidencia pela possibilidade de apreensão dos objetos com o início das investigações (art. 6º, II do CPP).

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

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

II - *apreender os objetos que tiverem relação com o fato*, após liberados pelos peritos criminais;

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

Quanto à utilidade, conquanto a lei tenha utilizado o termo *processo*, o interesse não se limita à fase processual, não podendo a coisa apreendida ser restituída se interessar ao inquérito policial.⁹ Utilizando-se uma interpretação teleológica, conclui-se que a palavra *processo* foi utilizada em sentido genérico, devendo ser entendida como o gênero *persecução penal*, do qual são espécies a *investigação* e o *processo*.

Existe uma presunção legal de utilidade à persecução penal, relativa aos instrumentos, produto e proveito do crime (art. 119 do CPP), pois não podem ser

7 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 582.

8 COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 191.

9 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1117.

restituídos durante o curso da investigação e do processo. Nada mais adequado, pois são os objetos que servem para provar a materialidade delitiva e delimitar a autoria, permitindo também a satisfação dos efeitos da condenação. Vale destacar que, como já explicado no tópico anterior, para a apreensão do proveito do delito, deve ser utilizado o sequestro (medida cautelar patrimonial), ficando a busca e apreensão reservada para a obtenção do instrumento e produto do crime (medida cautelar probatória).

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

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

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

<i>Objetivos da busca (Requisitos da apreensão)</i>	
Utilidade	Pertinência
Interesse à persecução penal (art. 118 do CPP)	Relação com o fato (art. 6º, II do CPP)
Nem todo objeto útil é pertinente	Todo objeto pertinente é útil

Os objetos úteis e pertinentes podem servir para:

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

f) exibir o instrumento do crime no plenário do Tribunal do Júri (art. 480, §3º do CPP).

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

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

4. APREENSÃO

4.1. Formalização

Apreensão é a detenção jurídica do objeto de interesse da investigação pelo Estado, quebrando seu vínculo com o antigo possuidor ou proprietário. É o apossamento da coisa, retirando-a da esfera de quem a detém.¹⁰

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

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

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

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

O art. 240, §1º do CPP traz um rol exemplificativo de coisas que podem ser apreendidas:

- a) coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- b) instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- c) armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- d) objetos necessários à prova de infração ou à defesa do suspeito;
- e) cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja

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

suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

f) qualquer elemento de convicção.

A possibilidade de apreensão de *qualquer elemento de convicção* sinaliza a interpretação analógica, porque o legislador apresentou uma forma casuística (fechada) seguida de uma fórmula genérica (aberta).

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

Já quanto à prisão de criminosos, o mandado de busca e apreensão não é hábil, por si só, a efetivá-la, exceto se durante a medida ocorrer situação de flagrância (ex: durante a busca por documentos numa casa, é descoberta uma arma). Apesar de o art. 240, §1º sinalizar a possibilidade de se prender criminosos por meio de mandado de busca e apreensão domiciliar, o fato é que, presentes os requisitos da prisão cautelar, será expedido documento próprio, qual seja, mandado de prisão.¹¹

Com relação a cartas fechadas, computador, aparelho celular e outros, o tema será desenvolvido com detalhes no capítulo próprio¹², a fim de se analisar a possibilidade de exame direto de tais objetos pelo delegado de polícia, ou se a perícia depende de autorização judicial anterior.

4.2. Discricionariedade e obrigatoriedade

É consabido que o inquérito policial tem na discricionariedade uma de suas principais características. Isso quer dizer que o delegado de polícia possui ampla margem de liberdade para optar por tal ou qual diligência na busca da verdade. A discricionariedade, todavia, pode ser mitigada em algumas situações expressas pela lei, sendo substituída pela obrigatoriedade.

É o caso da infração penal que deixa vestígios, que exige a realização de perícia (art. 158 do CPP). Ora, o exame pericial pressupõe a apreensão da coisa. E, quando o objeto não for entregue voluntariamente à Polícia Judiciária, a apreensão depende de busca, pessoal ou domiciliar. Assim, a obrigatoriedade da perícia em crimes não-transeuntes significa, por via reflexa, a exigência da apreensão da coisa, precedida ou não de busca.

Obviamente, se a apreensão e ulterior exame de corpo de delito não forem

11 Sobre a discussão inversa, a saber, se o mandado de prisão autoriza o ingresso na casa e a busca e apreensão domiciliar, remeto o leitor ao tópico *Busca e apreensão e prisão*.

12 Requisição e análise de objetos e dados.

realizados por motivos alheios à vontade da autoridade policial, desaparecendo os vestígios, a perícia pode ser suprida pela prova testemunhal (art. 167 do CPP). Nesse caso, tem-se a mitigação à obrigatoriedade.

Em não se tratando de coisas que consubstanciem vestígios do delito, a busca e apreensão será ou não realizada conforme juízo discricionário da autoridade de Polícia Judiciária, tal como na apreensão de um bem para possibilitar a reprodução simulada dos fatos (art. 7º do CPP).

<i>Discricionariedade</i>	<i>Obrigatoriedade</i>
Regra	Exceção
Arts. 6º e 7º do CPP e art. 2º, §§1º e 2º da Lei 12.830/13 (rol exemplificativo de diligências)	Art. 158 do CPP

4.3. Apreensão e técnicas especiais de investigação

Com o avanço da criminalidade, os meios ordinários de obtenção de prova têm se mostrado ineficazes, obrigando o Estado a lançar mão de técnicas especiais de investigação, medidas cautelares probatórias que se qualificam como meios extraordinários de obtenção de prova.

Dentre essas formas especiais de apuração criminal se inserem a colaboração premiada, ação controlada e infiltração policial. As 2 primeiras podem se relacionar com a apreensão de bens.

A colaboração premiada tem por objetivo incentivar o imputado a contribuir com a persecução penal, em troca de um prêmio legal. É prevista em inúmeras leis, não envolvendo apenas a delação de comparsas. Pode admitir a concessão do benefício ao colaborador também quando sua informação culminar na localização e recuperação dos bens, direitos ou valores relacionados ao crime, conforme previsão legal na Lei de Lavagem de Capitais (art. 1º, §5º da Lei 9.613/98), Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343/06), Lei de Organização Criminosa (art. 4º da Lei 12.850/13) e Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99).

A ação controlada, a seu turno, autoriza o retardamento da ação policial com o desiderato de não prejudicar as investigações, identificar outros criminosos e localizar mais objetos relacionados ao crime. No caso de crimes de lavagem de capitais (art. 4º-B da Lei 9.613/98), o juiz pode suspender não apenas a ordem de prisão, mas também as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores. Já as demais hipóteses de ação controlada, estampadas na Lei de Drogas (art. 53, II da

Lei 11.343/06) e Lei de Organização Criminosa (arts. 8º e 9º da Lei 12.850/13), restringem-se ao retardamento da prisão (não atuação policial).

Em síntese, nem toda colaboração premiada ou ação controlada envolve apreensão de bens, porém há hipóteses legais em que esses meios especiais de obtenção de prova se relacionam com a constrição do patrimônio.

<i>Relação das técnicas especiais de investigação com a apreensão</i>	
Colaboração premiada	Ação controlada
Localização e recuperação dos bens, direitos ou valores relacionados ao crime	Suspensão de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores
Art. 1º, §5º da Lei 9.613/98 Art. 41 da Lei 11.343/06, Art. 4º da Lei 12.850/13 Arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99	Art. 4º-B da Lei 9.613/98)

4.4. Custódia e destinação de bens apreendidos

4.4.1. Introdução

Com a localização e apreensão do objeto, o trabalho da Polícia não está encerrado. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, devem ficar acautelados pela Polícia Judiciária até a conclusão da investigação.

Na sequência, sua destinação poderá ser o encaminhamento para perícia, encaminhamento ao Judiciário, restituição, nomeação de depositário, alienação antecipada ou destruição.



<i>Destinação dos bens apreendidos</i>
- Perícia - Encaminhamento ao Judiciário - Restituição - Nomeação de depositário - Alienação antecipada - Destruição - Utilização temporária

4.4.2. Perícia

Nas infrações penais que deixam vestígios, exige-se a realização de perícia (art. 158 do CPP), mitigando-se o caráter discricionário das diligências ordenadas pelo delegado no inquérito policial (art. 6º, VII do CPP). O exame pericial pode ser feito por 1 perito oficial ou 2 peritos nomeados (art. 159 do CPP), havendo regras específicas em que se relativiza essa exigência (art. 12, §3º da Lei 11.340/06, art. 77, §1º da Lei 9.099/95, art. 50, §1º da Lei 11.343/06 e art. 530-D do CPP).

Cabe recordar que se a apreensão e ulterior exame de corpo de delito não forem realizados por motivos alheios à vontade da autoridade policial, desaparecendo os vestígios, a perícia pode ser suprida pela prova testemunhal (art. 167 do CPP).

A necessidade de guardar amostra para contraprova se restringe a perícias laboratoriais (art. 170 do CPP e arts. 50, §3º da Lei 11.343/06), ou quando o legislador exigir expressamente (art. 530-F do CPP). A lei permite também que a defesa ou o órgão acusador requeiram que o material que serviu de base à perícia seja disponibilizado no órgão oficial, se possível sua conservação (art. 159, §6º do CPP).

<i>Realização de perícia em bem apreendido</i>	
Infrações que deixam vestígios (não-transeuntes)	Infrações que não deixam vestígios (transeuntes)
Perícia obrigatória, em regra, podendo supri-la a prova testemunhal excepcionalmente	Perícia facultativa, a critério discricionário do delegado de polícia ou juiz
Arts. 158 e 167 do CPP	Art. 6º, VII do CPP

Convém salientar que a perícia é uma das principais formas de inserção da fonte de prova nos autos como meios de prova, agregando técnica à análise do material apreendido.

4.4.3. Encaminhamento ao judiciário

Com a finalização do procedimento policial, os bens apreendidos devem acompanhar os autos do inquérito (art. 11 do CPP), exceto drogas (art. 62 da Lei 11.343/06), que devem ser mantidas em cartório até autorização para incineração.

<i>Custódia e destinação de bens apreendidos</i>	
Investigações em Geral	Investigações de Drogas
Manutenção na Delegacia e remessa ao Judiciário ao final do inquérito policial	Manutenção na Delegacia inclusive após o término do inquérito policial
Art. 11 do CPP	Art. 62 da Lei 11.343/06

4.4.4. Restituição

Acerca da restituição de bens apreendidos (arts 118 a 124 do CPP), antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Se ainda houver perícia pendente, por exemplo, o objeto deve permanecer apreendido.

Vale lembrar que os requisitos para a apreensão do objeto (afastando-se sua restituição) se manifestam no binômio utilidade e pertinência, existindo uma presunção legal de utilidade quanto aos instrumentos, produto e proveito do crime. Estes materiais não poderão ser restituídos, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

<i>Restituição de coisas apreendidas</i>		
	Instrumento, produto e proveito do crime	Demais bens úteis e pertinentes
Antes do trânsito em julgado da decisão	Não podem ser restituídos	Não podem ser restituídos, em regra, salvo se não mais interessarem à persecução penal
Após o trânsito em julgado da decisão	Não podem ser restituídos, em regra, exceto se pertencerem a vítima ou terceiro de boa-fé	Podem ser restituídos

A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante. Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 dias para a prova, cabendo ao juiz decidir o incidente.

<i>Autoridade competente para restituição de coisas apreendidas</i>		
Bem	Ausência de dúvidas quanto à posse ou propriedade	Existência de dúvidas quanto à posse ou propriedade
Autoridade competente	Delegado de polícia ou juiz	Delegado de polícia ou juiz

Se dentro no prazo de 90 dias do trânsito em julgado os objetos apreendidos não forem reclamados, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

4.4.5. Nomeação de depositário

Sabe-se que nem sempre a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário possuem depósitos adequados para a guarda dos objetos apreendidos. Daí ter afirmado o Conselho Nacional de Justiça, ao editar o Manual de Bens Apreendidos, que a falta de infraestrutura dos depósitos e a imprestabilidade dos bens pela má conservação e pelo decurso do tempo fizeram do tema um dos mais incômodos para a imagem da Justiça.

Dessa forma, é possível que, já tendo sido realizada eventual perícia, e não se tratando de coisa ilícita, a autoridade respectiva (delegado ou juiz) nomeie depositário, de preferência a pessoa que detinha a coisa, para cuidar temporariamente do bem, mediante assinatura de termo de responsabilidade (art. 120, §5º do CPP).

Esse procedimento ganha especial importância em relação às coisas que estiverem sujeitas a elevado grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

4.4.6. Alienação antecipada

Nas situações de considerável risco de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção, cabe a alienação antecipada dos bens (art. 144-A do CPP), a ser decretada pelo juiz, ficando o produto da alienação depositado em conta judicial até a futura destinação ao Estado, vítima ou terceira pessoa. Havendo perícia a ser feita, a alienação antecipada obviamente deve ocorrer depois do exame pericial.

Convém salientar que a alienação antecipada, acrescida ao CPP pela Lei 12.694/12, também possui expressa previsão na Lei de Drogas (art. 62, §4º da Lei 11.343/06) e Lei de Lavagem de Capitais (arts. 4º, §1º e 4º-A da Lei 9.613/98).

4.4.7. Utilização temporária

É consabido que os objetos largados em pátios ou depósitos costumam se deteriorar com facilidade. De outro lado, a unidade de Polícia Judiciária dificilmente possui os necessários recursos materiais para bem desempenhar seu mister. Nesse sentido, o uso temporário do bem apreendido atende à dupla finalidade de conservá-lo, impedindo sua depreciação decorrente da falta de uso, bem como de fornecer os meios para a Instituição Policial cumprir seu compromisso constitucional de proteção da sociedade.

Existe autorização legal expressa para a utilização temporária de bem apreendido na Lei de Drogas (art. 62, §§ 1º, 4º e 11 da Lei 11.343/06), que permite que a Polícia, comprovado o interesse público e mediante autorização judicial, faça uso de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, no interesse do combate à criminalidade.

Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor do órgão ao qual tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Nada impede a aquiescência judicial para utilização, pela Polícia, de bens não relacionados a crimes de drogas, por aplicação analógica (art. 3º do CPP) do dispositivo da Lei de Drogas. Afinal, nada justifica essa distinção arbitrária entre delitos de drogas e as demais infrações penais, valendo o brocardo *ubi idem ratio, ibi idem jus* (onde houver a mesma razão, aplica-se o mesmo direito). Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Observada, de um lado, a inexistência, no Código de Processo Penal, de norma condizente à utilização de bens apreendidos por órgãos públicos e verificada, de outro lado, a existência, no ordenamento jurídico, de norma neste sentido - art. 61 da Lei n. 11.343/2006 -, é possível o preenchimento da lacuna por meio da analogia, sobretudo se presente o interesse público em evitar a deterioração do bem.¹³

Convém mencionar a divergência quanto à constitucionalidade de lei estadual que autorize a utilização temporária pela Polícia de veículos apreendido.

De um lado, alega-se que não se trata de matéria relacionada a trânsito, mas sim atinente à administração pública, situando-se na esfera de autonomia do Estado-Membro, portanto sem invadir competência legislativa da União (art. 22, XI da CF).

Lado outro, há quem afirme se tratar tratava de matéria relacionada com trânsito e transporte, e que seria uma hipótese semelhante à requisição administrativa, sendo que existe lei federal prevendo consequências específicas para a apreensão de veículos particulares (art. 328 do CTB).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade da lei

13 STJ, REsp 1.420.960, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 24/02/2015.

estadual quanto ao uso de veículos não identificados¹⁴, e pela inconstitucionalidade da lei estadual em relação a veículos abandonados por mais de 90 dias após notificação.¹⁵

4.4.8. Destruição

Após eventual perícia e não sendo o caso de restituição ou alienação antecipada, a destruição de objeto apreendido pode ser a melhor destinação para o bem apreendido.

Existem dispositivos legais que expressamente autorizam a Polícia Judiciária a realizar a destruição *sponte sua* da coisa apreendida. Não se trata de procedimento submetido à cláusula constitucional de reserva de jurisdição, de modo que a lei pode (art. 50, §3º da Lei 11.343/06 e art. 530-G do CPP) ou não (art. 50-A da Lei 11.343/06 e art. 25, §3º da Lei 9.605/98) exigir prévia ordem judicial para a destruição.

No caso da Lei de Drogas, alterada pela Lei 12.961/14, a diligência deve ser feita por meio de incineração, sendo tratada de forma diferente conforme o inquérito policial se inicie por auto de prisão em flagrante ou por portaria. No inquérito policial iniciado por auto de prisão em flagrante, o juiz deve determinar a destruição de ofício, em até 10 dias após receber a cópia do auto flagrancial. A Polícia Judiciária tem, então, o prazo de 15 dias para realizar a diligência (art. 50, §§ 3º, 4º e 5º da Lei 11.343/06). Já no inquérito policial instaurado por portaria, o delegado de polícia pode e deve determinar a destruição independentemente de ordem judicial. A Lei não exige decisão do juiz, e estabelece o prazo de 30 dias para que a Polícia Judiciária promova a incineração (art. 50-A da Lei 11.343/06).

<i>Destruição (incineração) de drogas</i>	
IP iniciado por auto de prisão em flagrante	IP iniciado por portaria
Prazo de 25 dias (10 dias para o juiz determinar, e 15 dias para o delegado de polícia executar)	Prazo de 15 dias (para o delegado de polícia determinar e executar)
Juiz deve determinar de ofício	Delegado de polícia deve determinar de ofício
Art. 50, §§ 3º, 4º e 5º da Lei 11.343/06	Art. 50-A da Lei 11.343/06

No caso de crime ambiental, os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais (art. 25, §3º da Lei 9.605/98). Quanto aos animais e instrumentos do crime, serão analisados na sequência.

14 STF, ADI 3327, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 08/08/2013.

15 STF, ADI 3639, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23/5/2013.

Em algumas situações, a destruição pode incidir sobre o instrumento do crime, porém após o trânsito em julgado da sentença penal. É o caso das armas de fogo, acessórios e munições, havendo o recolhimento ao Exército, que se encarregará de sua destruição (art. 25, parágrafo único da Lei 10.826/03).

4.4.9. Situações especiais

A. Animais, produtos da fauna e instrumentos do crime ambiental

Noutro giro, a Lei de Crimes Ambientais possui dispositivo específico (art. 25 da Lei 9.605/98) para a apreensão e destino dos bens e animais apreendidos, consubstanciando-se em regra especial que prevalece sobre a regra geral (art. 91,II, do CPP).

Os animais devem ser prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados. Já os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais. Os instrumentos utilizados na prática da infração, por sua vez, serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.

<i>Destinação de bens apreendidos relativos a crime ambiental</i>		
Produtos e subprodutos da fauna não perecíveis	Animais	Instrumentos do crime
Destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais	Libertados em seu habitat, ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas	Vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem
Art. 25, §3º da Lei 9.605/98	Art. 25, §1º da Lei 9.605/98	Art. 25, §4º da Lei 9.605/98

B. Dinheiro e cheques

Quanto ao dinheiro, em princípio não há crime na mera posse de grande valor em espécie, o que não impede a caracterização de infração administrativo-tributária quanto ao numerário não declarado. Caso o objetivo seja ocultar quantia

oriunda de crime anterior, pode o agente responder pelo delito de lavagem de capitais (art. 1º, §1º, II da Lei 9.613/98).

Se a posse do dinheiro ocorre no contexto de entrada ou saída do país, o não cumprimento dos regramentos legais pode ensejar infração administrativa e penal. Em regra, o envio de dinheiro para fora do Brasil deve ser feito por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio (art. 65 da Lei 9.069/95). No entanto, o indivíduo pode levar os valores consigo, pessoalmente, (a) se o valor que o viajante está levando é de até R\$ 10 mil ou (b) se o valor que o indivíduo está levando é superior a R\$ 10 mil, ele preencher declaração eletrônica e indicar a origem lícita do dinheiro.

Destaque-se que a legislação excepcionou, em relação ao valor inferior a R\$ 10 mil, apenas a saída física de moeda. No caso de transferência eletrônica, exige-se o processamento através do sistema bancário, com perfeita identificação do cliente ou beneficiário.

Nesse rumo, a transferência clandestina internacional, seja por meio de transposição física ou através de operações do tipo dólar-cabo, que inclusive configura delito de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único da Lei 7.492/86), não permite a aplicação do princípio da insignificância, ainda que os valores sejam inferiores a R\$ 10 mil (STJ, REsp 1.535.956).

Assim, vislumbrada a suspeita, deve o dinheiro apreendido ser depositado em conta judicial.

Os cheques apreendidos deverão ser compensados, depositando-se o valor correspondente em conta remunerada à disposição do Juízo, mantendo-se cópia autêntica nos autos. Em caso de cheques em branco, não sendo documentos suspeitos de falsificação, deverão ser anulados e assim mantidos nos autos, informando-se a respectiva instituição bancária. Os títulos financeiros, por sua vez, serão custodiados por instituição bancária, devendo ser resgatados tão logo possível mediante decisão judicial, depositando-se o valor apurado em conta judicial.

Em se tratando de moeda falsa, deve ser feita a remessa ao Banco Central do Brasil.

C. Demais casos

As joias, independentemente da modalidade de constrição, poderão ser depositadas na Caixa Econômica Federal. A competência da Caixa Econômica Federal para a realização de penhor, como privilégio, decorre do art. 60 do Decreto 24.427/34, que dispõe sobre as Caixas Econômicas.

Os bens objeto de contrabando ou descaminho, abrangendo, veículos, cigarros e diversas outras mercadorias, após exame pericial, ficam sujeitos à

apreensão administrativa e pena de perdimento, podendo a Receita Federal promover a destinação por leilão, incorporação ou destruição (arts. 96 do Decreto-Lei 37/66, art. 23 e ss do Decreto-Lei 1455/75 e art. 14 do Decreto-Lei 1593/77).

No caso de mídias digitais (CD, DVD, HD de computador, *pen drive*, *tablet*, dentre outros), em situações nas quais a apreensão pode gerar significativo prejuízo para uma empresa, o recomendável é que seja feito o *espelhamento* dos arquivos, possibilitando a restituição.

Os produtos explosivos, venenos, medicamentos não podem simplesmente serem guardados em depósitos comuns, mas submetidos a especial cautela.

4.5. Arrecadação e saneamento de apreensão indevida

Muitas pessoas, inclusive que militam na seara criminal, desconhecem a diferença entre apreensão e arrecadação, acreditando que há apreensão desde o primeiro momento em que o sujeito é despojado do seu bem, em regra pelo agente da autoridade policial (policial militar, guarda municipal ou policial rodoviário federal).¹⁶

Os atos de arrecadar e de apreender não se confundem, assim como a captura e a prisão em flagrante propriamente dita. O primeiro ato é precário, face a uma possível existência dos requisitos legais, dependendo de confirmação pelo delegado de polícia após análise técnico-jurídica.

A imediata e precária inversão da posse do bem em prol do Estado consiste em mera arrecadação, que poderá ou não ser cancelada pelo delegado de polícia. Assim, quando um policial militar, por exemplo, arrecada uma mesa e cadeiras ao surpreender em flagrante em sua residência um sujeito ocultando arma de fogo, tais objetos só estarão apreendidos formalmente com a decisão da autoridade de Polícia Judiciária no sentido de ser lavrado o devido auto de apreensão. Caso contrário, os referidos bens sequer deverão permanecer na Delegacia de Polícia, devendo os arrecadadores providenciar a imediata restituição ao possuidor ou proprietário.

Por isso é que no cumprimento de uma busca e apreensão, caso a autoridade policial não esteja presente, tecnicamente o que ocorrerá é a busca e arrecadação, que posteriormente poderá se convolar em apreensão somente após análise técnico-jurídica do delegado.

Assim, não deve a autoridade de Polícia Judiciária converter a arrecadação em apreensão se ausentes os requisitos legais (arts. 118 e 6º, II do CPP), representados pelo binômio utilidade e pertinência.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 827; TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 406.

	<i>Arrecadação</i>	<i>Apreensão</i>
Natureza do ato	Ato precário	Decisão decorrente de análise técnico-jurídica
Responsável	Agente da autoridade policial (policial militar, guarda municipal, policial rodoviário federal)	Delegado de polícia
Preenchimento dos requisitos de utilidade e pertinência	Mera possibilidade	Forte probabilidade

Nessa perspectiva, deve ser destacada uma situação corriqueira em Delegacia de Polícia. Não raras vezes, o agente da autoridade policial, ao conduzir um suspeito para a Delegacia (em situação de flagrante, em regra), leva também uma infinidade de objetos, arrecadando praticamente tudo o que visualizou na cena do crime ou na casa do investigado.

A apreensão não deve afigurar como ato automático do delegado de polícia. Deve-se evitar o infeliz costume de apreender todo e qualquer objeto arrecadado e exibido na Delegacia, o que muitas vezes é feito para evitar mal-estar com o policial fardado.

Além de tecnicamente incorreto, a apreensão indiscriminada de objetos esbarra nas deficiências estruturais da Polícia Judiciária, que em regra não possui pátios e depósitos suficientes para armazenar toda e qualquer bugiganga.

Pode acontecer a apreensão indevida de objetos que não guardem utilidade e pertinência com a persecução penal. É possível que isso ocorra por equívoco da própria autoridade de Polícia Judiciária (que não raras vezes se encontra assoberbada de trabalho) ou por outro delegado de polícia (respondendo em substituição ou anterior titular da Unidade Policial, ou ainda aquele que tenha atuado em Central de Flagrante e remetido o feito para a Delegacia Circunscrição).

Nesse caso, pode a autoridade policial se limitar a concluir o feito e remeter ao Judiciário o inquérito policial juntamente com os bens apreendidos (art. 11 do CPP). Essa providência não é a mais adequada pois, além de ignorar a incorreção do ato pretérito, implicará na manutenção dos objetos na Delegacia durante o curso do procedimento (abarrota a Unidade Policial) bem como na posterior dificuldade de remessa ao fórum, que não raras vezes não possui depósito judicial ou o local é inadequado.

O delegado de polícia pode restituir os itens ao proprietário ou possuidor (art. 120 do CPP), só não podendo fazê-lo caso exista dúvida sobre o direito do reclamante. Nesse ponto é preciso destacar que a restituição pode se amparar não apenas em prova documental (ex: nota fiscal), mas em qualquer outro meio idôneo (ex: depoimento de testemunha).

Há quem defenda ainda a desapreensão como método saneador do erro,¹⁷ postura igualmente possível, tendo em vista que a decisão administrativa pode ser anulada se detectado vício, em razão do princípio da autotutela (Súmula 473 do STF e art. 53 da Lei 9.784/99).

<i>Saneamento de apreensão indevida</i>		
Manutenção na Delegacia e remessa ao Judiciário após a conclusão da investigação	Restituição dos bens ao proprietário ou possuidor	Anulação da apreensão (desapreensão)
Art. 11 do CPP	Art. 120 do CPP	Art. 53 da Lei 9.784/99 e Súmula 473 do STF e

4.6. Requisição e análise de objetos e dados

Cumprida com êxito a busca pessoal ou a busca e apreensão domiciliar, decorrência lógica da constrição da coisa é que essa fonte de prova seja examinada, especialmente por meio de perícia, a fim de ser inserida nos autos como meio probatório. Quanto aos bens em geral (ex: veículos, armas de fogo, drogas) não há dúvidas em relação à possibilidade de o delegado de polícia determinar o exame direto do material pela equipe policial e requisitar perícia. Já com relação aos objetos que guardam dados pessoais do investigado (ex: aparelho celular, agenda e computador), surge a incerteza sobre a necessidade de prévia ordem judicial para acessar as informações. Para responder à indagação, é preciso entender o sistema de reserva relativa de jurisdição quanto à investigação criminal, a fim de analisar em quais hipóteses a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional estabelecem a cláusula de reserva de

¹⁷ COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 194.

jurisdição, exigindo prévia ordem judicial para acesso às informações contidas nos bens apreendidos.

A investigação criminal, ao esquadrihar a reconstrução histórica dos fatos com o fim de se delinear a responsabilidade criminal, envolve um caminhar invasivo na esfera de direitos fundamentais do investigado.

Algumas diligências policiais que implicam em mitigação de direitos fundamentais estão sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição, o que significa que assiste ao Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas sobretudo a prerrogativa de dizer a primeira. É o que ocorre quanto à busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI da CF) e à interceptação telefônica (art. 5º, XII da CF).

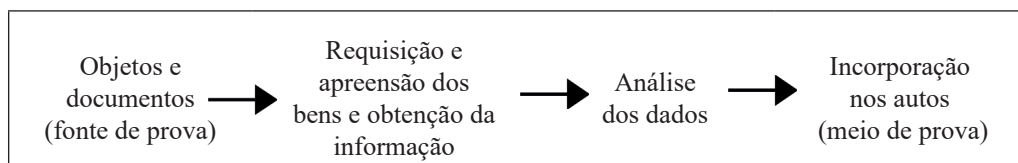
Em outros casos, o legislador conferiu à autoridade de Polícia Judiciária a possibilidade de adotar *manu propria* uma série de medidas, tais como a prisão em flagrante (art. 304 do CPP) e a liberdade provisória com fiança (art. 322 do CPP). E dentre essas providências se inserem a apreensão de bens (art. 6º, II do CPP), a requisição de perícias, objetos e documentos (art. 6º, VII do CPP, art. 2º, §2º da Lei 12.830/13 e outras leis) e o chamado poder geral de polícia (art. 6º, III do CPP), que faculta a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato. O objetivo da lei é possibilitar o regular desempenho da missão constitucional de apurar infrações penais e resguardar direitos fundamentais,

Com efeito, o desenho constitucional adotado é da reserva relativa de jurisdição, e não absoluta, o que significa que nem sempre os atos investigatórios devem possuir chancela prévia do Judiciário, em nada afetando o posterior controle judicial de toda a investigação, pois Judiciário permanece com a última palavra. Não se extrai da Constituição ou da legislação infraconstitucional a necessidade de autorização judicial para qualquer requisição ou análise de bens e dados pelo Estado-investigação, na salutar atividade de construção da verdade.¹⁸

18 BARBOSA, Ruchester Marreiros. RHC 51.531 aborda a ponderação de valores pelo delegado de polícia. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-24/academia-policia-rhc-51531-aborda-ponderacao-valores-delegado-policia>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

Atos da investigação criminal e cláusula de reserva de jurisdição	
Reserva relativa de jurisdição	
Atos que dependem de autorização judicial	Providências que podem ser tomadas <i>sponte sua</i> pelo delegado de polícia
- Prisão preventiva (art. 311 do CPP) e prisão temporária (art. 2º da Lei 7.960/89) - Liberdade provisória com medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) - Busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI da CF) - Interceptação telefônica (art. 5º, XII da CF) - Ação controlada em crimes de drogas (art. 53, II da Lei 11.343/06) e lavagem de capitais (art. 4º-B da Lei 9.613/98) - Obtenção de dados de <i>e-mail</i> (art. 7º, II e III da Lei 12.965/14) e de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet (art. 10, §1º da Lei 12.964/14) - Obtenção de dados financeiros (art. 3º da Lei Complementar 101/05), exceto CPI e Fisco (arts. 4º, §1º e 5º da Lei Complementar 101/05)	- Prisão em flagrante (art. 304 do CPP) - Liberdade provisória com fiança (art. 322 do CPP) - Busca pessoal (art. 240, §2º do CPP) - Busca e apreensão domiciliar decorrente de flagrante delito (art. 5º, XI da CF) - Apreensão de bens (art. 6º, II do CPP) - Requisição de perícias, objetos, documentos e dados cadastrais (art. 6º, VII do CPP, art. 2º, §2º da Lei 12.830/13, art. 15 da Lei 12.850/13, art. 17-B da Lei 9.613/98 e art. 10, §3º da Lei 12.965/14) - Poder geral de polícia (art. 6º, III do CPP) - Celebração de colaboração premiada (art. 4º da Lei 12.850/13) - Ação controlada no crime organizado (art. 8º, §1º da Lei 12.850/13)

Constata-se que o delegado de polícia pode, por autoridade própria (dada a reserva relativa de jurisdição), requisitar objetos e documentos e apreender coisas, independentemente de prévia ordem judicial. É preciso saber se, após a constrição do bem ou obtenção da informação, a autoridade de Polícia Judiciária tem a faculdade de analisar os dados conseguidos, ou se o exame direto fica prejudicado por uma eventual necessidade de autorização judicial.



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

No caso das comunicações, a própria Constituição impõe a necessidade de ordem judicial para sua captação, existindo cláusula constitucional de reserva de jurisdição. Já quanto aos dados englobados pela intimidade e privacidade, o texto constitucional não foi expresso, sendo necessário conferir a legislação infraconstitucional para saber se há cláusula legal de reserva de jurisdição. Em outras palavras, a cláusula constitucional de reserva de jurisdição limita-se à comunicação dos dados (art. 5º, XII da CF), e não aos dados em si (art. 5º, X da CF), que possuem proteção distinta, conforme entendimento dos Tribunais Superiores.¹⁹

Acerca dos dados financeiros, lei específica os resguardou, exigindo chancela do Judiciário para seu acesso pela Polícia Judiciária e Ministério Público, excepcionando a CPI e o Fisco (arts. 3º, 4º, §1º e 5º da Lei Complementar 101/05). O Supremo Tribunal Federal entende que a obtenção de dados bancários pela Administração Tributária não consiste em quebra de sigilo, mas somente transferência do segredo, do banco ao Fisco.²⁰ Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem resguardados pelo sigilo fiscal.

No que concerne aos dados de computador veiculados pela internet, a captação de *e-mails* em tempo real se submete ao regramento da interceptação telefônica (art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96 e art. 7º, II da Lei 12.965/14), exigindo ordem judicial. Nada mais correto, na medida em que se trata de comunicação de dados. O Marco Civil da Internet estabeleceu cláusula de reserva de jurisdição também para certos dados estáticos, a saber, registros de conexão e de acesso a aplicações de internet (art. 10, §1º da Lei 12.964/14) e mensagens de correio eletrônico armazenadas (art. 7º, III da Lei 12.964/14).

No que tange aos dados cadastrais registrados em bancos de dados (públicos ou privados) e em suportes de dados (tais como agenda, CD, DVD, HD de computador, *pen drive*, *tablet* e telefone celular), não se confundem com os demais dados íntimos das pessoas (tais como os bancários e fiscais). Trata-se de informações referentes à própria identidade (nome, nacionalidade, naturalidade,

19 STF, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006; STJ, HC 131.836, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ -04/11/2000.

20 STF, RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 17/02/2016.

data de nascimento, estado civil, profissão, RG, CPF, filiação e endereço),²¹ não revelando quaisquer aspectos da vida privada ou da intimidade do indivíduo, estando mais distantes desse núcleo de proteção.²² Cuida-se de informações objetivas, não sensíveis, que não permitem um juízo de valor significativo sobre a pessoa. Embora privativos, constituem elementos meramente identificatórios, e não de conteúdo que tornam a comunicação possível, não fazendo sentido a proteção desses dados em si, pelo sigilo.²³ Por isso existem vários dispositivos legais estabelecendo o dever de órgãos públicos e privados fornecerem tais informações à Polícia Judiciária e ao Ministério Público (art. 2º, §2º da Lei 12.830/13, art. 15 da Lei 12.850/13, art. 17-B da Lei 9.613/98 e art. 10, §3º da Lei 12.965/14).

Quanto aos demais dados pessoais, a ausência de previsão legal taxativa deixa com a jurisprudência a tarefa de definir a existência ou não de cláusula de reserva de jurisdição, sendo importante observar algumas premissas.

Em primeiro lugar, oportuno assinalar que inexistente direito que se revista de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais.

24

Demais disso, o sigilo não se confunde com cláusula de reserva de jurisdição.²⁵ Isto é, o fato de o dado ser sigiloso, por dizer respeito à intimidade e vida privada, não demanda necessariamente prévia ordem judicial para sua obtenção (pois a Constituição não pediu obrigatoriamente outorga judicial, diferentemente da comunicação de dados). Nesse sentido, o acesso direto pela autoridade estatal, que não ocorre por simples curiosidade, não o torna público, não lhe retirando o segredo. O conhecimento da informação pelo Estado-Investigação não acarreta sua publicização, que continuará longe dos olhos de curiosos. Tais dados não são blindados por um sigilo tão rígido que exija ordem judicial para ser quebrado, e ao mesmo tempo não são completamente desprovidos de segredo (não são públicos)

21 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 579.

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

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

24 STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000.

25 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Requisição de dados é imprescindível na busca do delegado pela verdade. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-02/academia-policia-poder-requisitorio-delegado-essencial-busca-verdade>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

– ficando inacessíveis à população em geral. Longe de configurar mero capricho estatal, traduz o cumprimento do dever de investigação criminal e garantia da segurança pública, sem olvidar dos direitos fundamentais. Exatamente por isso o art. 240 do CPP permite a arrecadação de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do investigado, não havendo qualquer ressalva de que não possam dizer respeito à intimidade ou à vida privada do indivíduo ou que dependam de prévia ordem judicial.

Nesse rumo, em relação aos dados de HD apreendido, é possível acessar diretamente as informações que permitam identificar o usuário.²⁶ Nada impede a constrição de equipamento eletrônico que contenha dados de terceiros, devendo o Estado-investigação usar as ferramentas de informática que possibilitam a separação dessas informações para que se utilizem apenas aquelas atinentes ao investigado.²⁷

De igual modo, não há óbice para a apreensão e análise de agenda com dados sigilosos.²⁸

Quanto ao aparelho celular, não depende de prévia autorização judicial o acesso pela autoridade policial a agenda eletrônica e registros de ligações (histórico de chamadas).²⁹ De igual forma, é lícita a requisição junto à operadora de telefonia, pelo delegado de polícia, de informações pretéritas das ERBs utilizadas pelo investigado.³⁰ A jurisprudência admitiu até mesmo que o policial atendesse ligação efetuada para o celular apreendido.³¹

O acesso às mensagens por SMS ou aplicativos como o *WhatsApp* enfrenta maior polêmica, havendo julgados em ambos os sentidos.³² A discussão insere-se no chamado direito probatório de 3ª geração, que procura conciliar as normas baseadas em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos.³³ Isso porque os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais a histórico de ligações e agenda de contatos. Os chamados *smartphones* contém hoje fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários e fiscais, histórico de sítios eletrônicos acessados

26 STF, HC 103425, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 26/06/2012.

27 STJ, HC 124.253, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 18/02/2010.

28 STJ, HC 142.205, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2010.

29 STF, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19/09/2012; STJ, HC 66.368, Rel. Min. Gilson Dipp, DP 29/06/2007.

30 STJ, HC 247331, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/09/2014.

31 STJ, HC 55.288, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, DJ 02/04/2013.

32 Admitindo acesso às mensagens: STJ, HC 210.746, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 26/06/2012. Não permitindo o exame das mensagens: STJ, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016.

33 KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179.

e de locais visitados, dentre outros. A visão mais recente da jurisprudência exige ordem judicial para acesso a tais informações, sem contudo admitir o acesso direto pela Polícia Judiciária em situações flagranciais e urgentes nas quais a obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito.³⁴

Com relação à carta, sabe-se que o sigilo de correspondência possui guarida constitucional (art. 5º, XII da CF). Se os envelopes estiverem abertos, não há que se falar em sua violação, podendo os policiais acessar o conteúdo.³⁵ Já se a missiva estiver cerrada, só pode ser acessada mediante autorização constitucional. Há quem defenda que a inviolabilidade da correspondência é absoluta,³⁶ posição que não encontra respaldo na doutrina majoritária,³⁷ tendo em vista que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como salvo conduto da prática de crimes. Esta posição também foi encampada pela Corte Suprema para admitir a excepcional interceptação de correspondência dos presos pela Administração Penitenciária.³⁸ Quanto à encomenda, tendo em vista que transporta coisas e não pensamentos escritos, não é abrangida pelo segredo epistolar, cujo desiderato é salvaguardar a intimidade da pessoa.³⁹ Logo, mercadorias enviadas pelo serviço postal podem ser violadas diante de fundada suspeita.

No que se refere ao lixo, se ainda estiver dentro da propriedade, continua albergado pela inviolabilidade domiciliar, de modo que apenas com um mandado judicial é possível sua apreensão. De outro lado, é passível de constrição se tiver sido descartado e, portanto, estiver fora da casa. Nessa situação, ainda que contenha elementos probatórios em princípio sigilosos, a exemplo de contas de telefone, extratos bancários e anotações pessoais, a prova será lícita porque o indivíduo abre mão da proteção no momento em que descarta o material para ser recolhido pelo serviço público de limpeza.⁴⁰

34 STJ, RHC 51.531, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 19/04/2016.

35 STJ, RHC 6.719, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08/06/1998.

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

37 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 378; MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

38 STF, HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

39 STJ, HC 10.537, Rel. Min. Edson Vidigal, DJe 02/04/2001.

40 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 624.

<i>Exame da fonte de prova pela Polícia Judiciária (incorporação aos autos como meio de prova) e cláusula de reserva de jurisdição</i>	
Reserva relativa de jurisdição	
<i>Dados em si mesmos</i>	<i>Comunicação dos dados</i>
Exame direto pelo delegado de polícia	Ordem judicial
- Dados cadastrais - Anotações de agenda - Histórico de chamadas, agenda e ERBs de telefone celular	- Dados bancários e fiscais - Ligações telefônicas e ERBs em tempo real - Mensagens (SMS e <i>WhatsApp</i>) em tempo real - <i>E-mail</i> sem tempo real ou armazenados - Registros de conexão e de acesso a aplicações de internet - Cartas fechadas
- Mensagens (SMS e <i>WhatsApp</i>) armazenadas no telefone celular - há divergência	

5. BUSCA PESSOAL

5.1. Conceito e aspectos gerais

A busca pessoal consubstancia-se na inspeção do corpo, vestimenta, pertences ou veículos do indivíduo, com a finalidade de evitar a prática de infrações penais ou encontrar objeto de interesse à investigação de crime já ocorrido. Qualifica-se como medida cautelar probatória (meio de obtenção de prova).

Ingressa na esfera da tangibilidade corporal, consistente naquele espaço reservado em torno do corpo, que serve como uma bolha de proteção em torno da sua intimidade, preservando-o do contato de outras pessoas. Porém não se confunde com a intervenção corporal, que traduz a utilização do corpo do acusado para obtenção de provas em sua estrutura física,⁴¹ seja de forma invasiva ou não.⁴² Conseguir provas que estão junto ao corpo é diferente de obter elementos no corpo.

A busca pode ser feita não apenas com as próprias mãos, mas também com

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

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

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

A busca em veículo é considerada pessoal quando empregado para sua função precípua de meio de transporte. Independe de mandado judicial, podendo ser feita inclusive em automóvel parado, trancado e sem condutor⁴³ (não prevalece a tese de que o veículo é uma extensão do indivíduo e a revista só poderia ser feita com a presença do motorista). Excepcionalmente, quando o veículo consistir na própria habitação do indivíduo (ex: *trailer*)⁴⁴, a busca será domiciliar, seguindo seus condicionantes. Quanto à cabine de caminhão utilizada pelo caminhoneiro para dormir, a doutrina a encaixa no conceito de casa.⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça não firmou posição quanto à busca e apreensão, mas em relação à configuração de crime de posse ou porte de arma de fogo entende que a boleia de caminhão não se equipara à casa.⁴⁶

<i>Busca em veículo</i>	
Empregado como meio de transporte	Utilizado como habitação
Busca pessoal	Busca domiciliar
Não exige prévia ordem judicial	Demanda autorização judicial anterior

A busca pessoal, a par de relativizar a intimidade do revistado, e em menor grau sua liberdade, não pode malferir sua integridade física. Deve ser feita em diferentes níveis conforme o grau de ameaça, seguindo o uso proporcional da força.⁴⁷

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

43 STJ, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

44 STJ, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

45 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 714; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 375.

46 STJ, AgRg no REsp 1.362.124, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 19/03/2013; STJ, HC 172.525, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe 28/06/2012.

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

<i>Busca e apreensão</i>		
	Pessoal	Domiciliar
Local	No corpo, vestimenta, pertences ou veículos	No interior da casa
Previsão Normativa	Art. 244 do CPP	Art. 5º, XI da CF e arts. 240 a 250 do CPP
Momento	A qualquer tempo	Durante o dia
Requisitos	Fundada suspeita	Fundadas razões
Pressupostos	<i>Fumus boni iuris e periculum in mora</i>	

5.2. Espécies e hipóteses

5.2.1. Busca pessoal investigativa

A busca pessoal investigativa⁴⁸ tem a finalidade de angariar provas para a persecução penal, ou seja, investigar a infração penal já praticada. Sua base legal está no 240 do CPP, que traz 3 hipóteses de busca pessoal que dispensam mandado judicial: a) prisão do revistado; b) mandado de busca e apreensão domiciliar; c) fundada suspeita. Apesar de não constar no rol exemplificativo, o consentimento do revistado também autoriza a busca pessoal, pois o indivíduo tem a faculdade de dispor de sua intangibilidade pessoal.

A. Prisão do revistado

Se a liberdade, que é o bem maior, está sendo atingida por ordem judicial (prisão preventiva ou temporária) ou por autorização legal (prisão em flagrante), autoriza-se a mitigação da intimidade sem mandado de busca pessoal. A detenção do indivíduo faz cessar sua inviolabilidade pessoal.

Com esta medida se possibilita a apreensão de armas ou objetos que coloquem em risco a segurança dos policiais, do próprio preso ou de terceiros, bem como de instrumentos, produtos e proveitos do crime e demais objetos que possam integrar o acervo probatório.

B. Mandado de busca e apreensão domiciliar

Sa medida mais grave (violação do domicílio) é executada em razão de ordem judicial, não faria sentido proibir o policial revistar as pessoas encontradas no local.

⁴⁸ Igualmente nomeada pela doutrina de busca pessoal por razões de segurança: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 718.

Essa providência, autorizada duplamente pela lei processual (arts. 244 e 240, §2º do CPP) é recomendada porque o curto espaço de tempo entre a chegada e efetiva entrada dos agentes da autoridade pode ser suficiente para que o morador esconda o objeto procurado junto ao corpo e frustre a diligência.

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

C. Fundada suspeita

A permissão para a revista decorre da desconfiança justificada no sentido de que a pessoa traz consigo armas ou outros objetos ilícitos ou perigosos, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência, não sendo possível conseguir um mandado a tempo de concretizar a busca, razão pela qual a lei processual dispensa a autorização judicial.

Na abordagem policial, o executor deve somar o tirocínio policial à proporcionalidade da ação, para que o poder não se convole em arbítrio.⁴⁹ Nada impede que a própria autoridade judicial faça uma busca pessoal se perceber a fundada suspeita, e nesse caso prescinde-se do mandado pois não faz sentido ordenar a si mesmo o cumprimento de uma ordem.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, negando a presença de fundada suspeita pelo tão só fato de o revistado trajar um *blusão* suscetível de esconder uma arma. que “a ‘fundada suspeita’ prevista no art. 244 do CPP não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa”.⁵⁰

A desconfiança é legítima quando o policial detecta alguma anomalia no comportamento do indivíduo, ou algo atípico em suas vestes, pertences ou veículo. A suspeita será frágil, e não fundada, quando o policial se basear exclusivamente em sua intuição.

Parcela da doutrina critica o fato de o requisito estabelecido pelo legislador através da expressão *fundada suspeita* constituir cláusula genérica, de conteúdo vago e indeterminado, dando azo à subjetividade do agente público e fomentando a seletividade do sistema penal, que recai preferencialmente sobre a camada economicamente menos favorecida da sociedade.⁵¹

A presença do requisito deve ser aferida antes da diligência, ainda que

49 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 375.

50 STF, HC 81.305, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22/02/2002.

51 LOPES JUNIOR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 739.

seja justificada *a posteriori*, aplicando-se analogicamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à busca e apreensão domiciliar decorrente de flagrante delito.⁵²

A doutrina aponta que a *fundada suspeita* exigida para a busca pessoal admite menor concretude do que as *fundadas razões* demandadas para a busca e apreensão domiciliar.⁵³

5.2.2. Busca pessoal preventiva

A busca pessoal preventiva, a seu turno, visa a garantir a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. O desiderato é prevenir o cometimento de crimes, tendo em vista que a segurança pública traduz dever do Estado. É realizada para fiscalizar pessoas e veículos em vias públicas e estabelecimentos públicos. Decorre do próprio art. 144 da CF, podendo estar especificada na legislação infraconstitucional, tal como ocorre com a fiscalização de trânsito (arts. 269, §1º e 277 da Lei 9.503/97) e na vistoria de veículos e pessoas em porto, aeroporto ou ponto de fronteira alfandegado (art. 34 do Decreto-Lei 37/66 e Decreto 6.759/09). Em que pese sua enorme importância, o estudo dessa espécie de busca pessoal costuma ser negligenciado pela doutrina.

Não se confunde com a revista privada, levada a efeito pela fiscalização de pessoas ao ingressar em estabelecimentos privados. Essa vistoria baseia-se não no poder de polícia, mas na aquiescência do particular a essa condição de acesso.⁵⁴ A exigência de passar pela revista não ofende o ordenamento jurídico, tendo em conta que a própria Constituição estabelece que a segurança pública traduz dever do Estado e responsabilidade de todos (art. 144 da CF).

A tarefa de prevenir a ocorrência de delitos por meio da busca pessoal preventiva pode ocorrer em diversas situações, como por exemplo na fiscalização de: a) pessoas que transitem por determinadas regiões estatisticamente afetadas pela criminalidade violenta (*locais de risco*); b) veículos (*blitze* ou barreiras de trânsito) conduzidos em vias públicas onde numericamente haja maior incidência de delitos de trânsito ou possivelmente sejam utilizados como rota de fuga de criminosos; c) presos e visitantes de estabelecimentos penais, em que ocorra a tentativa de ingresso de drogas, armas e aparelhos celulares.

O fato de o Código de Processo Penal não a ter disciplinado não significa que a busca pessoal preventiva não seja lícita. Afinal, proibir que a Polícia Ostensiva e outros órgãos administrativos de fiscalização revistassem pessoas e seria negar-lhes a própria existência.

52 STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

53 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 582.

54 Também é chamada pela doutrina de busca pessoal por razões de segurança: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 718.

Grande polêmica existe quanto às chamadas *revistas íntimas* em estabelecimentos penais. Consiste na busca pessoal minuciosa, dada a insuficiência da busca superficial, com o objetivo de verificar se o revistado escondeu algum objeto nas cavidades corporais. Pode ser não invasiva, quando feita com equipamento eletrônico (*scanner* corporal), cão farejador, agachamentos ou saltos, desnudamento ou uso de espelho. Ou invasiva, se envolver toques ou introdução de objetos nas partes íntimas.

A divergência quanto à possibilidade ou não da revista íntima decorre da ausência de disciplina expressa e inequívoca em lei federal. O CPP trata da busca pessoal sem mencionar a revista íntima, e a Lei 13.271/16, editada para disciplinar a revista íntima em ambientes prisionais (e proibir a revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho) teve o seu único artigo que tratava da revista íntima vetado (art. 3º).

Uma corrente não admite a revista íntima em presídios, chamando-a de *revista vexatória*, por supostamente violar a dignidade da pessoa humana e a intimidade, configurando verdadeira tortura. O art. 3º da Lei 10.792/03, ao exigir aquisição de detectores de metais nos estabelecimentos penais, teria vedado implicitamente a revista íntima. Ademais, o procedimento é proibido pela Resolução 5/14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e por várias leis estaduais. Com o veto ao art. 3º da Lei 13.271/16, inexistiu lei federal autorizando a medida. O Estado deve substituir a revista íntima pela revista dos presos ou pelo uso da tecnologia.

Outra parcela dos estudiosos admite a providência, pois a autorização decorre dos arts. 240 e 244 do CPP (que disciplinam a busca pessoal sem distinguir a superficial ou minuciosa) e do próprio art. 144 da Constituição (que estabelece que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos). O Estado não pode simplesmente ignorar a alta incidência de visitantes que ocultam objetos ilícitos nos orifícios do corpo para entregar aos presos, sendo razoável o uso da busca minuciosa até que o Poder Público tenha condições de adquirir os equipamentos tecnológicos para substituir a revista íntima. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Não se configura a ilicitude da prova decorrente de revista íntima na qual se encontraram entorpecentes no corpo de denunciada, se tal procedimento não excedeu os limites do objetivo do ato, que é a garantia da segurança pública quando da entrada de visitantes em estabelecimentos prisionais. Em outras palavras, é possível a mitigação do direito à intimidade da pessoa, como na espécie, em benefício da preservação de outros direitos constitucionais igualmente consagrados, uma vez que não há, no ordenamento jurídico-constitucional, direitos fundamentais de caráter absoluto.⁵⁵

55 STJ, HC 328.843, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 15/10/2015.

	<i>Busca pessoal preventiva</i>	<i>Busca pessoal investigativa</i>
Finalidade	Prevenir a prática de crimes	Reunir provas para a persecução penal
Natureza	Administrativa	Processual penal
Hipóteses	Fiscalização de pessoas e veículos em vias públicas e estabelecimentos públicos Fiscalização de trânsito Fiscalização alfandegária	Fundada suspeita Prisão Busca e apreensão domiciliar Consentimento do revistado
Base jurídica	Art. 144 da CF	Art. 240 do CPP

5.3. Atribuição para execução (sujeito ativo)

A busca pessoal, diferentemente da busca e apreensão domiciliar, não é limitada por cláusula de reserva de jurisdição do art. 5º, XI da CF. Sendo prescindível prévia ordem judicial, não há que se falar em competência para decretação, nem em legitimidade para solicitação, mas apenas em atribuição para execução.

Muito embora possa o próprio delegado de polícia ou juiz realizar a busca pessoal, os principais executores são os agentes da autoridade, a saber, policiais militares, policiais civis, policiais rodoviários federais e guardas municipais, e em situações específicas os agentes penitenciários, agentes de trânsito e fiscais da receita.

5.4. Sujeito passivo

5.4.1. Mulher, adolescente, idoso e pessoa com deficiência

A regra é que a busca pessoal em mulher seja feita por outra mulher (art. 249 do CPP). No entanto, admite-se excepcionalmente que homem efetiva a diligência, ante a impossibilidade de encontrar uma mulher para revistar a suspeita ou acusada, para evitar o retardamento ou o fracasso da medida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) não possui qualquer vedação à busca pessoal em adolescentes, proibição também inexistente quanto ao uso de algemas. E nem poderia haver, sob pena de constituir uma indevida imunidade para a prática de atos infracionais.

O mesmo se diga quanto aos idosos, porquanto inexistente proibição no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). Claro que eventual fragilidade física do senil deve ser levada em conta para que a busca pessoal se faça com o uso proporcional da força.

De igual maneira, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) não traz impedimento para a revista em portadores de necessidades especiais, devendo o policial averiguar o corpo, vestes e objetos da pessoa com deficiência do modo menos constrangedor.

5.4.2. Diplomata e cônsul

Especial atenção merece a imunidade diplomática e consular, estampadas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e na Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

São invioláveis os arquivos e documentos (art. 33 da CVRC) e as malas (art. 35 da CVRC) dos cônsules, bem como os documentos e correspondência (art. 30 da CVRD) e malas (arts. 27 e 40 da CVRD) dos diplomatas.

5.4.3. *Detentor de foro por prerrogativa de função*

Eventual imunidade prisional decorrente do cargo ocupado pelo indivíduo não impede a realização de busca pessoal. Nas apurações contra membros do Judiciário ou Ministério Público, a legislação infraconstitucional ordena a remessa das investigações ao órgão respectivo a partir do surgimento de indícios contra o juiz ou promotor, não impedindo a apuração criminal pelo órgão constitucionalmente vocacionado.⁵⁶

Qualquer agente público pode ser revistado, por exemplo ao ser abordado numa *blitz* de trânsito. Não existe qualquer vedação legal à diligência, e nem poderia ter, pois sua não realização impediria não só a colheita de elementos probatórios em inquérito policial, como também tornaria impossível a própria prisão em flagrante em diversas situações.

Afinal, as prerrogativas legais não devem ser interpretadas ampliativamente,⁵⁷ considerando-se que a Constituição pretende tratar igualmente os cidadãos,⁵⁸ repelir privilégios e rechaçar discriminações.⁵⁹ Não se pode jogar para escanteio o republicanismo, que pressupõe a efetiva possibilidade de responsabilização de qualquer agente público por seus atos.⁶⁰

Assim, não há como concordar com a teratológica e minoritária posição

56 Art. 33 da Lei Complementar 35/79. art. 18 da Lei Complementar 75/93 e arts. 40 e 41 da Lei 8.625/93.

57 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Interpretação do foro privilegiado atrapalha investigações policiais. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/academia-policial-interpretacao-foro-privilegiado-atrapalha-investigacao-policial>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

58 STF, Inq 687 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/05/1999.

59 STF, Inq 1.376 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/03/2007.

60 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

de que o detentor de foro por prerrogativa de função estaria a salvo de qualquer busca pessoal,⁶¹ numa tentativa de se criar, à margem da Constituição de da lei, um estamento intocável, verdadeiro resquício do paternalismo que insiste em atravessar a história brasileira⁶² e fazer perseverar a odiosa pergunta “você sabe com quem está falando?”.⁶³

Pensamento contrário implicaria franquear aos beneficiados pela prerrogativa o porte ou transporte de substâncias ou de objetos ilícitos (v.g., drogas, objetos de contrabando ou descaminho etc.) sem que isto pudesse ser constatado e receber a devida apuração.⁶⁴

5.4.4. Advogado

Não há vedação à busca pessoal do advogado. O que existe é regramento específico para a busca e apreensão em escritório de advocacia. Mas como a busca pessoal é consectário lógico da busca e apreensão domiciliar (art. 244, *in fine* do CPP), as restrições acabam resvalando na revista pessoal.

O Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) garante a “inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” (art. 7º, II do EOAB). Nesse sentido, a busca e apreensão em escritório de advocacia só pode ser feita por autorização judicial mediante condições adicionais (art. 7º, §§6º e 7º do EOAB).

É permitida a apreensão de documento em poder do causídico que constitua elemento do corpo de delito (art. 243, §2º do CPP), como por exemplo uma arma, droga ou documento por ele falsificado pelo advogado.

De outro lado, se durante a busca pessoal no advogado forem encontrados objetos pertencentes a seus clientes ou que contenham informações sobre eles (documentos, mídias ou instrumentos de trabalho), só poderão ser utilizados se tais clientes estiverem sendo formalmente investigados em concurso com o advogado por crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (art. 7º, §§6º e 7º do EOAB). Caso contrário, não terão valor probatório.

5.4.5. Modo de realização

A diligência deve ser realizada com a maior discrição e cordialidade,

61 RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 151.

62 FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.

63 DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 187-248.

64 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 583.

considerando o fato de que ninguém gosta de sofrer uma ação policial. Não se pode negar que o revistado suporta inevitável constrangimento com a abordagem policial. O que não se pode admitir é a busca desacompanhada de motivo investigativo ou preventivo, com propósito exclusivo de humilhar, sob pena de afronta inequívoca à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), podendo culminar em casos extremos até mesmo em abuso de autoridade (art. 3º, b da Lei 4.898/65).

Também não se pode abrir mão da agilidade. A regra de que o alvo não deve ser molestado mais do que o indispensável para o sucesso da diligência (art. 248 do CPP) é perfeitamente aplicável à busca pessoal.

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

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

<i>Modo de realização da busca pessoal</i>
- Discrição - Agilidade - Uso proporcional da força

6. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

6.1. Histórico da inviolabilidade domiciliar e direito comparado

A noção de que a casa traduz o reduto intransponível da pessoa vem de longa data. A máxima *a casa de um homem é seu castelo* (*man's home is his castle*), proferida pelo juiz inglês Sir Edward Coke, ainda hoje é lembrada como uma manifestação da importância do domicílio para o indivíduo.

A inviolabilidade domiciliar não surgiu por acaso e não é exclusiva do Direito brasileiro. Essa proteção possui papel fundamental na evolução e

consolidação dos direitos fundamentais, conclusão a que se chega ao voltar os olhos para as declarações de direitos. Nesse aspecto, as Constituições podem ser classificadas em 3 grupos.⁶⁵

Um primeiro grupo limita-se a afirmar a proteção contra buscas arbitrárias, deixando para a legislação ordinária a tarefa de regulamentar a competência para expedir mandados e estabelecer as hipóteses em que o ingresso forçado na casa (ex: Constituições dos Estados Unidos, Itália, China e Argentina, bem como as Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos).

Uma segunda categoria cria reserva judicial para a busca e apreensão, sem exceções (ex: Constituição do Uruguai).

E um terceiro conjunto, onde se insere a Constituição Brasileira, cria reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelecendo exceções (tal qual o flagrante delito) nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial (ex: Constituições da Alemanha, Portugal, Espanha e Japão).

A garantia contra a violação ao domicílio não é recente na história constitucional brasileira. Todas as constituições brasileiras continham cláusula de defesa da casa. As Constituições de 1824, 1891 e 1934 estabeleciam que a casa é *asilo inviolável*, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e na forma da lei (art. 179, VII; art. 72, §11 e art. 113, 16, respectivamente). A Constituição de 1937 igualmente remeteu à lei a regulamentação da garantia (art. 122, §6º). A declaração de estado de guerra em 1942 (Decreto 10.358/42) suspendeu a inviolabilidade domiciliar. A inviolabilidade do domicílio foi retomada pelas Constituições de 1946 e 1967, e Emenda Constitucional 1/69, sempre remetendo à regulamentação legal (art. 141, §15; art. 150, §6º e art. 153, §10, respectivamente). Por fim, a Constituição de 1988 manteve a proteção à casa, trazendo no próprio texto constitucional as exceções (art. 5º, XI). Ao exigir que o mandado de busca e apreensão seja expedido pelo Judiciário, afastou a sistemática até então vigente (art. 241 do CPP), que permitia também ao delegado de polícia a decretação da medida cautelar, de maneira que o mencionado dispositivo da lei processual não foi recepcionado pela atual Carta Constitucional.

6.2. Conceito e aspectos gerais

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

⁶⁵ Escorço histórico formulado a partir do seguinte julgado: STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

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

Entretanto, assim como os demais direitos fundamentais, a proteção ao domicílio não ostenta natureza absoluta, o que significa dizer que pode ceder frente a outros interesses igualmente relevantes. Desse modo, a inviolabilidade da casa (impossibilidade de ingresso na residência contra a vontade do morador) pode ser excepcionada nas hipóteses constitucionais (art. 5º, XI da CF), a saber: a) flagrante delito (durante o dia ou noite); b) desastre ou prestar socorro (durante o dia ou noite); c) por determinação judicial (durante o dia).

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

Também é possível vislumbrar a violação da casa sem ensejar responsabilidade criminal nos casos de justificantes e descriminantes putativas, tais como estado de necessidade (ex: policial em troca de tiros entra numa casa para se abrigar e salvar sua vida) e estrito cumprimento do dever legal putativo (ex: policial entra numa casa para atender um flagrante de agressão após ouvir gritos de uma mulher pedindo socorro contra seu marido agressor, mas quando ingressa na residência nota que tudo não passou de um ensaio para uma peça de teatro).

Apropriado realçar que não apenas os cidadãos em geral, mas em especial os agentes estatais devem observar esses limites intransponíveis no exercício de suas funções.

A busca e apreensão domiciliar é realizada costumeiramente no início da fase externa do inquérito policial, com a deflagração da operação policial. Esse momento é possível após o desenvolvimento satisfatório da fase interna do procedimento policial, com a colheita de elementos investigativos mínimos, a exemplo de oitivas de vítimas e testemunhas e de relatórios policiais, que possam amparar representação por busca e apreensão domiciliar e prisão. De posse dos mandados, o delegado de polícia discricionariamente elege o melhor momento para seu cumprimento sob o ponto de vista do sucesso das diligências. Assim, no chamado *dia D*, não raras vezes a Polícia Judiciária cumpre simultaneamente diversos mandados de busca e apreensão, em conjunto com eventuais mandados de prisão e de condução coercitiva, encerrando o inquérito policial ou finalizando uma etapa ou fase da investigação.

6.3. Casa

6.3.1. Conceito legal

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

Consiste em todo local delimitado, individual ou coletivo, que alguém ocupa com exclusividade, para fins pessoais ou profissionais.⁶⁶ Essa localidade fica salvaguardada dos olhares não autorizados de terceiros, consistindo aí a proteção à intimidade e vida privada. A casa é local onde o indivíduo guarda seus bens, pertences e documentos e mantém as relações pessoais mais próximas, livre de interferências indevidas de terceiros, daí a estreita conexão da inviolabilidade domiciliar com a intimidade e a privacidade, mais do que a própria segurança.

Abarca qualquer compartimento habitado (casa ou apartamento) e suas dependências (jardim, garagem, quintal, sacada, terraço, pátio), por se tratar de local situado dentro do terreno da casa, sendo preciso indicação visível a terceiros no sentido de que se trata de propriedade particular (tal como portão, cerca, placa). As pastagens e campos de propriedades rurais não são dependências da casa, e, por corolário, não são resguardadas.⁶⁷

Protege-se também a habitação coletiva (quarto de pensão ou república). A casa abandonada não é tutelada pela inviolabilidade do domicílio, pois não faz sentido proteger a intimidade de morador inexistente.⁶⁸ Importante não confundir a casa abandonada com a casa ocupada esporadicamente, tais como as casas de praia. Nessa linha, inserem-se no conceito de casa quarto ocupado de hotel ou motel,⁶⁹ o leito de hospital e a cabine de navio.

Está englobada, de igual forma, a habitação móvel. Não é preciso que a residência esteja fixada ao solo, como no caso do veículo utilizado como habitação do indivíduo, tais como o *trailer*⁷⁰ e o barco residência. Com relação à cabine de caminhão utilizada pelo caminhoneiro para dormir, a doutrina a encaixa no conceito de casa, desde que se trate de viagem prolongada, lá possuindo objetos pessoais, roupas e material de higiene.⁷¹ O Superior Tribunal de Justiça não

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

67 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 2. São Paulo: Método, 2014, p. 289.

68 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715.

69 STF, RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2007.

70 STJ, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

71 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 574; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 375.

firmou posição quanto à busca e apreensão, mas em relação à configuração de crime de posse ou porte de arma de fogo entende que a boleia de caminhão não traduz casa.⁷²

Abrange também o compartimento não aberto ao público onde se exerce profissão ou atividade (de natureza pública ou privada). Ou seja, o domicílio pode se destinar não só a fins residenciais, mas também profissionais (nesse caso, a proteção limita-se à área de acesso restrito ao público - *do balcão para dentro*).⁷³ Destarte, estão englobados no conceito escritório profissional, consultório médico, estabelecimentos comerciais, depósitos e lojas. A área restrita de repartições públicas, de igual forma, está abrangida no conceito legal de casa, tal qual o gabinete de autoridade pública, como o delegado de polícia.⁷⁴ Quanto à busca e apreensão em repartições públicas existem 2 orientações:

Primeira, no sentido de que deve, necessariamente, ser precedida de requisição da autoridade competente ao responsável pela repartição e, somente se desatendida essa requisição ou se houver suspeita do envolvimento de precatado responsável em prática criminosa, determinada judicialmente. Segunda, compreendendo que é viável a realização da busca independentemente de prévia requisição, desde que ocorrentes as situações legais que autorizam a providência.⁷⁵

Já as áreas abertas ao público de estabelecimentos públicos e privados não são protegidas pela inviolabilidade. Todavia, nos horários fora de expediente, quando estão fechados ao público, passam a contar com a proteção constitucional.⁷⁶ Logo, não estão albergadas pela inviolabilidade domiciliar a área aberta ao público de habitação coletiva (átrio de pensão ou república), temporária (*hall* de hotel e hospital, saguão de navio) ou móvel (reboque de caminhão), além da área aberta ao público de estabelecimento comercial ou profissional (*do balcão para fora*) durante o horário de funcionamento.

72 STJ, AgRg no REsp 1.362.124, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 19/03/2013; STJ, HC 172.525, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe 28/06/2012.

73 STF, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/2008.

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

75 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 574.

76 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715.

<i>Conceito penal e processual penal de casa</i>	
Todo local delimitado que alguém ocupa com exclusividade, para fins pessoais ou profissionais	
<i>Estão abrangidos no conceito</i>	<i>Não estão abrangidos no conceito</i>
- Habitação comum (casa e apartamento) e suas dependências (jardim, garagem, quintal, sacada, terraço, pátio) - Habitação coletiva (quarto de pensão ou república) - Habitação temporária (quarto de hotel, motel ou hospital, cabine de navio) - Habitação móvel (<i>trailer</i>; cabine de caminhão e barco residência) - Estabelecimento profissional, privado ou público, não aberto ao público (escritório profissional, consultório médico, estabelecimentos comerciais, depósitos, lojas, depósito e gabinete de autoridade pública)	- Área aberta ao público de habitação coletiva (átrio de pensão ou república), temporária (<i>hall</i> de hotel e hospital, saguão de navio) ou móvel (reboque de caminhão) - Área aberta ao público de estabelecimento comercial ou profissional (<i>do balcão para fora</i>) durante o horário de funcionamento - Veículo não utilizado como moradia

6.3.2. *Consulado e local de missão diplomática*

O Brasil é signatário de tratados internacionais que conferem especial tratamento ao diplomata e ao cônsul, as chamadas imunidades diplomáticas e consulares. Trata-se de prerrogativas funcionais, e não privilégios pessoais, pois se fundam na função exercida, de maneira a garantir o eficaz desempenho das missões diplomáticas e das funções consulares, bem como a manutenção das relações de amizade entre as nações.

Não é nenhum segredo que os diplomatas (art. 31.1 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas) e cônsules (art. 43.1. da Convenção de Viena sobre Relações Consulares) possuem imunidade material (restrita a crimes funcionais no caso dos cônsules), também chamada imunidade de jurisdição, pela qual não respondem criminalmente pela conduta típica praticada. Também não s desconhece a imunidade prisional (art. 41.1 da CVRC e art. 29 da CVRD) que impedem que sejam presos (limitada a crimes não graves no caso dos cônsules).

O que muitos desconhecem é a amplitude da inviolabilidade domiciliar dos consulados e locais de missões diplomáticas, bem como da residência particular dos agentes diplomáticos.

Não se pode ingressar sem consentimento em consulado, exceto em caso

de incêndio ou outro desastre (art. 31.2 da CVRC). Os móveis e demais bens da repartição consular e seus veículos não podem qualquer forma de requisição (art. 31.4. da CVRC), e os arquivos e documentos consulares são invioláveis, o que significa dizer que não é possível busca e apreensão (art. 33 da CVRC). Tampouco é possível entrar sem assentimento em local de missão diplomática (art. 22.1 da CVRD). Nesse caso, sequer é excepcionada a situação de desastre, e o mobiliário e demais bens e meios de transporte não podem ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução (art. 22.3 da CVRD).

No caso do diplomata, até mesmo sua residência particular goza da mesma inviolabilidade do local de missão diplomática (art. 30 da CVRD). Já a casa do cônsul pode ser submetida a busca e apreensão, desde que a investigação seja relativa a crime sem relação com suas funções (já que o crime funcional está abrangido na imunidade material) e que o delito seja grave (pois os crimes não graves estão abarcados pela imunidade prisional), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.⁷⁷

Vale ressaltar a imunidade não impede que o delegado de polícia investigue o delito praticado, colhendo de outras maneiras lícitas as informações necessárias referentes à autoria e materialidade do ilícito, que deverão ser encaminhadas às autoridades do país de origem do agente. Assim como não proíbe a captura e condução coercitiva de diplomata ou cônsul em flagrante delito para fazer cessar a ação criminosa, com apresentação à autoridade policial para audiência primária de garantias. Veda-se a partir daí a lavratura do auto de prisão em flagrante e a instauração de inquérito policial.

6.3.3. Residência de detentor de foro por prerrogativa de função

Eventuais imunidades prisional e processual decorrentes do cargo ocupado pelo indivíduo não impedem a realização de busca e apreensão domiciliar.

Destarte, ainda que um membro do Ministério Público só possa ser preso por ordem judicial ou em flagrante de crime inafiançável, e processado por Tribunal (art. 40, III e IV e 41, parágrafo único da Lei 8.625/93 e art. 18, II e parágrafo único da Lei Complementar 75/93), sua casa pode perfeitamente ser revistada, desde que haja decisão Tribunal competente. Não existe qualquer vedação legal nesse sentido, e nem poderia ter, pois sua não realização impediria a colheita de elementos probatórios e tornaria impossível a persecução penal em diversas situações.

Deveras, as prerrogativas legais não devem ser interpretadas ampliativamente,⁷⁸ ao se considerar que a Constituição pretende tratar

⁷⁷ STF, HC 81.158, Rel. Ilmar Galvão, DJ 19/12/2002.

⁷⁸ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Interpretação do foro privilegiado atrapalha investigações policiais. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.>

igualmente os cidadãos,⁷⁹ repele privilégios e não aceita discriminações.⁸⁰ Não se pode fechar os olhos ao republicanismo, que presume a efetiva possibilidade de responsabilização de qualquer agente público por seus atos.⁸¹

6.3.4. Escritório de advocacia

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

É direito do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de ofício, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia (art. 7º, II do EOAB).

Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, o juiz poderá decretar motivadamente a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB (art. 7º, §6º do EOAB).

A Lei 8.906/94 exige a presença de representante da OAB, e não a comunicação prévia, que pode retirar a eficácia da diligência. Dessa forma, é suficiente que, no momento de início da diligência, seja comunicada a OAB para que indique representante para acompanhar a medida, com a urgência que o caso requer. Eventual atraso exagerado não tem o condão de impedir a realização da vistoria. De igual maneira, a expressa renúncia não obsta a busca e apreensão, devendo ser documentada. Não há qualquer necessidade de que a OAB seja comunicada com 24 horas de antecedência, sendo suficiente que ocorra no momento imediatamente anterior à busca.⁸² Em comarcas grandes, onde existam inúmeros escritórios de advocacia, a comunicação antecipada não trará prejuízo desde que não especifique o local, permitindo que a OAB deixe um

conjur.com.br/2016-mai-17/academia-policial-interpretacao-foro-privilegiado-atrapalha-investigacao-policial>. Acesso em: 17 mai. 2016.

79 STF, Inq 687 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/05/1999.

80 STF, Inq 1.376 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/03/2007.

81 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

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

representante de prontidão para comparecer ao escritório assim que informado no início da medida, providência que agiliza a presença de advogado no local sem retirar a eficácia da diligência.

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

Tendo em vista a vedação legal de apreensão de objetos de clientes não investigados na apuração contra o advogado, indaga-se seria possível a utilização da teoria da serendipidade para afastar a ilicitude da prova. Ainda que o encontro do elemento probatório tenha sido casual, sendo o crime conexo ou não, não se admite o emprego da teoria do encontro fortuito de provas para validar a evidência e emprega-la como meio de prova na persecução penal ou como *notitia criminis* para iniciar outra apuração. A exclusão da ilicitude não se aplica em razão da proteção especial pelo sigilo profissional do advogado, corolário do direito de defesa.⁸³ Em respeito ao papel essencial que desempenha para a administração da justiça e à confiança depositada pelos clientes, tais elementos probatórios, fugindo à regra comum, não servirão sequer como notícia de crime para outra investigação. Trata-se do entendimento dos Tribunais Superiores.⁸⁴

A doutrina faz uma ressalva:

Todas as coisas guardadas pelos clientes nos escritórios de seus advogados devem ser de posse e uso lícito, ou seja, ilustrando, não teria o menor cabimento o traficante depositar a droga no escritório de seu defensor, o mesmo podendo fazer o receptador, no tocante aos objetos adquiridos criminosamente e, muito menos, por absurdo que possa parecer, ocultar um cadáver nesses lugares. Todo material capaz de formar o corpo de delito da infração penal não pode ser considerado inviolável, sob pena de se impedir o Estado de punir a prática de crime.⁸⁵

83 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 623.

84 STF, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/10/2010; STJ, HC 227.799, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012; STJ, HC 149.008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/08/2010.

85 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 381.

Por mais absurda que essa limitação possa parecer num primeiro olhar, possui um nobre objetivo bastante distinto do simples fomento à impunidade. Sabe-se que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF) e, assim como a Defensoria Pública, constitui o elo entre o cidadão e o efetivo acesso à justiça, concretizando o direito de defesa. Trata-se de múnus público (embora não estatal), função social que extrapola o âmbito privado (art. 2º, §1º do EOAB), sendo a única habilitação profissional que constitui pressuposto à formação de um dos Poderes do Estado, qual seja, o Poder Judiciário.⁸⁶

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

Destarte, a confidencialidade entre o cliente e o advogado não teria sentido algum se a garantia de segredo não abrangesse o local onde o causídico exerce sua profissão e guarda documentos e arquivos sigilosos. No escritório de um advogado, perturbadoras confissões são feitas, e a defesa se realiza com mais eficiência se o advogado tiver contato com a verdade. Ademais, a confiança é essencial na relação do advogado com seu cliente e se materializa por meio do segredo.⁸⁷ Nesse diapasão, a entrada no domicílio, sempre excepcional, merece maior cuidado quando se tratar de escritório de advocacia.

6.4. Dia

A doutrina se divide quanto ao conceito de dia.

Parte dos autores adota o critério físico-astronômico, entendendo dia como o período entre a aurora e o crepúsculo (nascer e pôr-do-sol).⁸⁸ Seguimos aqueles que preferem o critério cronológico, abrangendo o período compreendido entre

86 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 580.

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

88 MELLO, Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 442; NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 507.

6:00hs e 18:00hs, por ser critério mais seguro.⁸⁹ Por fim, há que utilize um critério misto entre os 2 primeiros conceitos.⁹⁰

<i>Critérios definidores de dia para fins de busca e apreensão domiciliar</i>		
Físico-astronômico	Cronológico	Misto
Período entre aurora e o crepúsculo	Período entre 6:00hs e 18:00hs	Período entre aurora ou 6:00hs e crepúsculo ou 18:00hs

Esse marco temporal não impede, obviamente, que a equipe de policiais tome medidas preparatórias ao ingresso na casa antes das 06:00hs ou aurora, tal como o cerco do local para assegurar a eficácia da diligência.

Além do mais, esse condicionante serve como baliza para o início da busca, não impedindo que se estenda após as 18:00hs ou o crepúsculo. Nessa esteira, se não for possível concluir a diligência, iniciada durante o dia, até as 18:00hs, é perfeitamente possível estender a medida durante a noite, a fim de garantir a eficácia da medida.

Não deve haver solução de continuidade na diligência. Assim sendo, com o encerramento da medida, lavratura do auto circunstanciado e saída de toda a equipe policial do local, não se admite a retomada da busca horas depois sem nova ordem judicial, ainda que antes das 18:00hs.⁹¹

O limite temporal para ingresso na casa não é absoluto, assim como os demais direitos constitucionais.⁹² Nessa trilha, a inviolabilidade do domicílio e o poder-dever de punir do Estado, sempre que estiverem em conflito, devem ser ponderados à luz da proporcionalidade segundo o princípio da concordância das liberdades públicas. Por isso, o Supremo Tribunal Federal⁹³ considerou lícita a decisão judicial que autorizou a entrada em domicílio durante a noite, em diligência que consistiu na entrada em escritório de advocacia para instalação de escuta ambiental, não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório em reduto inexpugnável de criminalidade.

89 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 437; TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de processo penal comentado. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 627.

90 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1090.

91 STJ, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 20/09/2012.

92 A doutrina admite a existência de poucos direitos absolutos, como o direito a não ser torturado e de não ser escravizado: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, 2004, p. 16.

93 STF, Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/11/2008.

6.5. Provas ilegais e exclusão da ilicitude probatória

6.5.1. Provas ilícitas e ilegítimas

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

<i>Provas ilegais</i>	
Provas ilícitas	Provas ilegítimas
Violação a direito material	Violação a direito processual
Ex: integridade física (confissão mediante tortura), inviolabilidade domiciliar (busca e apreensão sem mandado judicial ou flagrante)	Ex: testemunha não compromissada (art. 203 do CPP), interrogatório policial com negativa de acesso ao advogado constituído (art. 7º, XXI do EOAB)

Essa vedação probatória, de difícil entendimento para o leigo, evita que no processo penal democrático os fins justifiquem os meios, e o Estado promova uma perseguição penal a qualquer custo, ainda que em detrimento da dignidade da pessoa humana. Outrossim, seria absolutamente contraditório que, para apurar uma infração penal, o Estado se valesse de métodos violadores de direitos.⁹⁴ Portanto, a circunstância de o agente público se achar investido de poderes persecutórios não o exonera do dever de observar certas balizas para a obtenção da prova, sob pena de infirmar a validade de tal elemento probatório e promover o banimento dessas evidências ilicitamente coligidas, inibindo a possibilidade de o elemento inidôneo atuar como suporte legitimador de um decreto condenatório.

Ademais, é irrelevante o fato de a colheita ilegal da prova ter sido feita por agente público ou particular, pois em ambos os casos, o elemento probatório é obtido com infringência a preceitos constitucionais ou legais.⁹⁵ Não mais se

94 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

95 STF, RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/04/2007; STF, RE 251.445, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/08/2000.

adota a sistemática de validade da prova e responsabilização do agente que a colheu de modo ilícito (*male captum, bene retentum*), sendo imprestável e por isso devendo ser excluída dos autos (*exclusionary rule*), segundo entendimento acolhido desde o século XIX pela Suprema Corte dos Estados Unidos.⁹⁶

Nessa trilha a lição da Suprema Corte:

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”.⁹⁷

A declaração da nulidade está condicionada à observância de 4 princípios básicos:

1) nenhuma nulidade será declarada quando não houver prejuízo - *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563); 2) nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa – princípio da lealdade ou boa-fê (CPP, art. 565); 3) nenhuma das partes pode arguir nulidade que só interesse à parte contrária (CPP, art. 565); 4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (CPP, art. 566).⁹⁸

6.5.2. Provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada)

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, apesar de produzidos validamente, decorreram de prova obtida de forma ilícita. Tais elementos angariados posteriormente são inadmissíveis, pois inquinados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite por relação de causa e efeito. Importante grifar que as provas ilícitas contaminam unicamente as evidências exclusivamente dela decorrentes.⁹⁹

A extensão da invalidade das provas obtidas por meios ilícitos para os elementos probatórios dela derivados impede que se contorne a vedação probatória constitucional, desestimulando as partes a recorrer a expedientes ilícitos e conseguir provas inatingíveis pelas vias normais.

Mencione-se como exemplo de elemento posterior inservível para a persecução penal, pois contaminado pela prova anterior ilícita, o mandado de

96 U.S. Supreme Court, *Boyd v. United States*, DJ 01/02/1886.

97 STF, HC 103.325, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/04/2012.

98 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 611.

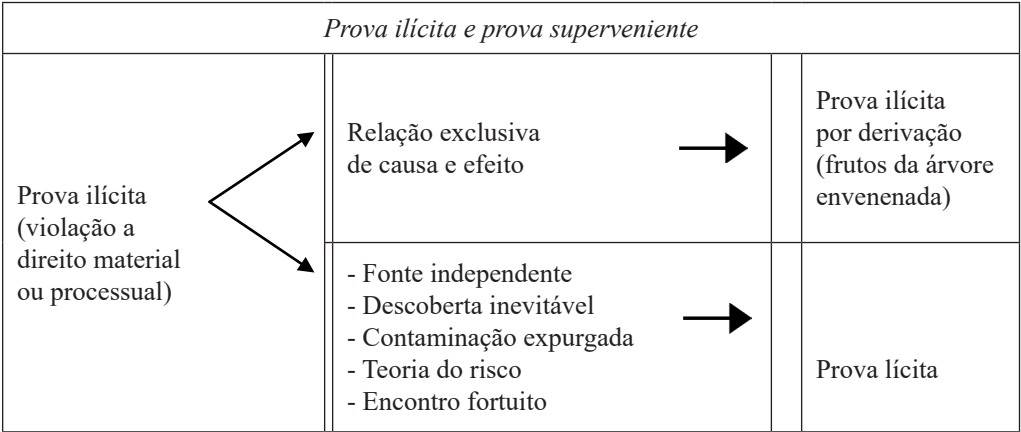
99 STF, HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

busca e apreensão domiciliar obtido com fundamento em uma confissão extraída mediante tortura.

Esse raciocínio decorre da chamada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada historicamente pela Suprema Corte Norte-Americana,¹⁰⁰ e com guarida também no Supremo Tribunal Federal¹⁰¹ e posituação no ordenamento jurídico pátrio (arts. 157, §1º, 1ª parte e 573, §1º do CPP).

6.5.3. Exclusão da ilicitude das provas derivadas

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



A. Fonte independente

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

A fonte independente não traduz propriamente uma exceção aos efeitos da

100 U.S. Supreme Court, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, DJ 26/01/1920; U.S. Supreme Court, *Nardone v. United States*, DJ 11/11/1939.

101 STF, HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/03/1999; STF, HC 72.588, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/08/2000.

teoria dos frutos da árvore envenenada. A prova derivada pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda, de maneira que a ausência de vínculo deixa claro que não se trata de prova derivada.¹⁰²

A fonte independente possui guarida na legislação, que estabelece que as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (art. 157, §1º, 2ª parte do CPP).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a teoria, afirmando que o mandado de busca e apreensão cumprido sem as formalidades exigidas¹⁰³ ou o reconhecimento pessoal com inobservância dos requisitos legais¹⁰⁴ não contaminam as provas obtidas autonomamente, tais como documentos e testemunhas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos aplicou a *independent source doctrine* numa situação de entrada sem mandado judicial em casa suspeita de tráfico de drogas, em que os policiais posteriormente requereram um mandado de busca e apreensão domiciliar sem mencionar a anterior entrada e ingressaram novamente na residência e apreenderam as drogas. Isso porque, ainda que os policiais não tivessem realizado a primeira violação, teriam obtido de qualquer forma o mandado com base somente nos indícios indiciários, justificando a segunda entrada legal.¹⁰⁵

B. Descoberta inevitável

A teoria ou limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) consagra que se a prova apenas circunstancialmente decorre de prova ilícita, pois seria obtida de qualquer maneira por atos de investigação válidos, não pode ser taxada de ilícita. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento da inexistência de proveito real com a violação legal. Enquanto na prova independente inexistente liame entre a prova ilícita e a posterior, na descoberta inevitável há o nexo causal, porém não é decisivo, pois a prova derivada mais cedo ou mais tarde seria produzida dentro da lei, mesmo que a ilicitude não se operasse.¹⁰⁶

Obviamente, a inevitabilidade da descoberta não pode se amparar em mera

102 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio

Scarance. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

103 STF, HC 84.679, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09/11/2004.

104 STF, HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/08/2004.

105 U.S. Supreme Court, Murray v. United States, DJ 27/07/1988.

106 ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÀVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 397/398.

especulação, sendo imprescindível a existência de dados concretos a confirmar que o descobrimento fatalmente ocorreria.

A descoberta independente possui amparo legal, tendo o legislador se confundido, por mencionar a fonte independente mas trazer o conceito da descoberta inevitável.¹⁰⁷ Segundo o dispositivo legal, “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (art. 157, §2º do CPP).

Há quem alegue a inconstitucionalidade do dispositivo, que em última análise permitiria a convalidação de qualquer prova ilícita, sob o argumento, no plano abstrato, de que o elemento probatório seria encontrado de toda forma.¹⁰⁸ Em que pese ser minoritário, o posicionamento demonstra a importância de a aplicação da descoberta inevitável ser feita com grande cautela (*cum grano salis*).

A teoria, que já foi adotada pela jurisprudência,¹⁰⁹ também tem origem no direito norte-americano,¹¹⁰ em caso no qual a polícia encontrou o corpo da vítima com base em declaração obtida ilegalmente, mas um grupo de voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano que necessariamente acarretaria na descoberta do cadáver.

C. Contaminação expurgada

A teoria ou limitação da contaminação expurgada, também conhecida como teoria ou limitação da tinta diluída (*purged taint limitation*), mancha purgada, vícios sanados ou conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), assenta que se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for muito tênue ou superficial, deve ser expurgado, limpando a prova derivada posterior.

Nesse sentido, a contaminação pode ser atenuada pelo decurso do tempo, por circunstâncias supervenientes ou pela vontade de um dos envolvidos, sendo possível o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

A doutrina sustenta que existe sustentação legal para essa teoria, mesmo não tendo o legislador feito expressa referência a ela, quando preceitua que as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras” (art. 157, §1º, 2ª parte do CPP). Isso porque, muito embora exista algum nexo distante entre a prova inicial ilícita e a

107 STF, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/04/2012.

108 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

109 STJ, HC 52.995, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 16/09/2010.

110 U.S. Supreme Court, Nix v. Williams, DJ 11/06/1984.

derivada, a relação causal pode ser tão remota que possa ser considerada ausente sob o ponto de vista normativo.¹¹¹

A limitação, ainda não utilizada pelas Cortes Superiores, foi empregada pela Corte Suprema Norte-Americana¹¹² em contexto no qual os policiais violaram o domicílio sem causa provável, acarretando a apreensão de drogas e a prisão do criminoso, que dias depois de ser solto confessou o crime mesmo advertido de seus direitos.

D. Teoria do risco

A limitação ou teoria do risco engloba situações nas quais a pessoa espontaneamente revela sua participação em ilícitos a outrem (que não tem o dever legal de guardar o segredo) e assume o risco de que esteja sendo gravado.¹¹³

Possui utilidade para as captações de conversas feitas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (gravação clandestina) e de imagens em sistemas de monitoramento eletrônico de estabelecimentos públicos e privados, em locais públicos ou acessíveis ao público.¹¹⁴

Não existe previsão legal para sua aplicação. Quanto à jurisprudência, muito embora os Tribunais Superiores não tenham acolhido expressamente a teoria, vem sendo aceita nos julgados que admitem a licitude da gravação clandestina (feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro) para fazer prova em favor da vítima quando inexistente causa legal de sigilo.¹¹⁵

E. Encontro fortuito de provas (serendipidade)

A teoria do encontro fortuito de provas também é chamada de serendipidade, palavra que remonta à literatura inglesa e que se vincula a descobertas de coisas que não se procuram.¹¹⁶ Ocorre quando em diligência regularmente decretada

111 MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p. 177.

112 U.S. Supreme Court, Wong Sun v. United States, DJ 14/01/1963.

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

114 Sobre o direito do cidadão de acessar as imagens de câmeras públicas de segurança, conferir: CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANTIN, Valter Foletto. Cidadão tem o direito de obter imagens de câmeras públicas de segurança. Revista Consultor Jurídico, out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-26/cidadao-direito-obter-imagens-cameras-publicas-seguranca>>. Acesso em: 26 out. 2015.

115 STF, RE 402.717, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 12/02/2009; STF, HC 87.341, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/03/2006.

116 GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009,

para a investigação de determinado delito supostamente praticado por certo suspeito, é descoberta prova de crime diverso ou relacionada a outra pessoa. Não é raro o encontro fortuito durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão ou de interceptação telefônica.

Rompe-se a identidade entre o que se procura investigar e o que foi efetivamente encontrado, não havendo congruência entre o fato e o sujeito passivo investigado e aqueles descobertos.¹¹⁷ A prova obtida se situa fora da linha de desdobramento normal da investigação.

O vestígio inesperadamente obtido é válido se encontrado fortuitamente; será ilícito apenas se houve desvio de finalidade, e a prova for conseguida de modo não casual. Essa limitação assemelha-se à norte-americana doutrina da visão aberta (*open view doctrine*), que considera lícita obtida por se encontrar à plena vista do agente.¹¹⁸

A validade da prova inesperadamente obtida se justifica pelo fato de a diligência ter sido executada segundo os ditames constitucionais e legais. No caso da busca e apreensão domiciliar, desde que tenha sido autorizada judicialmente e realizada nos moldes do preconizado pela legislação, permitirá a colheita de outras provas acidentalmente encontradas.

A análise do desvio de finalidade (obtenção da prova de modo não casual) é feita basicamente segundo 2 premissas: a) o agente deve realizar a busca nos locais onde provavelmente a coisa possa estar escondida, abstendo-se de procurar onde claramente não estaria o objeto; b) se o agente já tiver localizado o bem procurado, deve encerrar a diligência e cessar a procura.

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

Do mesmo modo, se uma busca e apreensão domiciliar for autorizada para apreender um computador, a partir do momento em que ele for encontrado acabam os motivos para a continuidade das buscas, não sendo acidental o achado posterior, após o prosseguimento da diligência por considerável período, de um

p. 474.

117 GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 474.

118 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 523/524.

documento falsificado no interior de um cofre ou a descoberta ulterior de um animal em cativeiro.

A medida invasiva deve ter sempre uma finalidade específica, sob pena de configurar verdadeira devassa desarrazoada, e a diligência que escapar ao desiderato inicial ser considerada imprestável.¹¹⁹

As Cortes Superiores atestam a licitude das provas em situação na qual são encontrados por acaso objetos utilizados para o cometimento de outros crimes.¹²⁰ Apesar disso, existe sugestão doutrinária no sentido da preservação do local e imediata solicitação de nova autorização ao juiz de plantão para proceder à apreensão.¹²¹

<i>Prova fortuitamente encontrada</i>	
Válida	Inválida
Encontrada sem desvio finalidade	Conseguida de modo não casual

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

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

De outro lado, se o fato não for conexo ou versar sobre outra pessoa, a prova deve ser valorada apenas como *noticia criminis* para iniciar nova investigação. Aqui tem-se a serendipidade de 2º grau.¹²²

Quanto ao achado acidental de provas em escritório de advocacia, os elementos serão válidos apenas se referentes ao advogado ou cliente investigado em concurso com o causídico. Se disserem respeito a clientes não investigados, as provas serão ilícitas, não se aplicando excepcionalmente a serendipidade em razão da proteção especial pelo sigilo profissional do advogado, corolário do direito de defesa.¹²³ Tais elementos probatórios não servirão sequer como *notitia criminis* para outra investigação, segundo entendimento dos Tribunais Superiores.¹²⁴

119 STF, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/11/2008.

120 STF, HC 76.203, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16/06/1998; STJ, HC 151.530, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 18/05/2010.

121 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 385.

122 STJ, HC 308019, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/2015.

123 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 623.

124 STF, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/10/2010; STJ, HC 227.799, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012; STJ, HC 149.008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/08/2010.

<i>Valor probatório da prova fortuitamente encontrada válida</i>	
Serendipidade de 1º grau	Serendipidade de 2º grau
- Pessoa investigada + crime investigado - Pessoa investigada + delito conexo Meio de prova para aquela persecução penal	- Pessoa investigada + crime não conexo - Pessoa não investigada
	<i>Noticia criminis</i> para iniciar outra investigação
	Exceção: não se aplica quanto ao achado acidental de provas em escritório de advocacia contra clientes não investigados

A limitação do encontro fortuito de provas possui ampla aceitação não apenas doutrinária, mas também nos Tribunais Superiores.¹²⁵

Há críticas doutrinárias contra a restrição do valor probatório da prova obtida em razão da conexão. Segundo alguns autores, mesmo a evidência relativa a crime não conexo deveria poder ser utilizada como meio de prova na persecução penal, e não apenas como *noticia criminis* para nova investigação, sob pena de instituir um escudo protetivo em favor de atividades criminosas. Isso porque a Constituição e a legislação não condicionam a valoração da prova à conexão entre os crimes. Não é a conexão que justifica a diligência e garante a licitude da prova, mas a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A autorização possui eficácia objetiva, o que significa que vale não só para o delito já descoberto, mas também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados. Não poderia ser diferente, já que a autoridade não tem como adivinhar tudo o que está por vir. O que importa é a regular autorização da medida, mediante a presença dos pressupostos legais aptos a mitigar episodicamente a intimidade e privacidade.¹²⁶

F. Outras teorias ou limitações

O direito norte-americano reconhece outras exceções à ilicitude por derivação, não utilizadas no ordenamento jurídico pátrio, afastando a ilicitude do vestígio obtido em decorrência de prova ilícita.

A teoria ou limitação da boa-fé (*good faith exception*) abrange a situação na qual o agente desconhece a ilicitude e possui motivos razoáveis para acreditar na sua validade, pois age sem má-fé. Foi utilizada pela Suprema Corte dos EUA¹²⁷ para admitir a validade de elemento decorrente de mandado de busca e apreensão

125 STF, HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 04/03/2005; STJ, H C 282.096, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 24/04/2014.

126 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 365-367; CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401.

127 U.S. Supreme Court, United States v. Leon, DJ 05/07/1984.

expedido por juiz imparcial, porém considerado posteriormente não calçado em indícios suficientes, tendo sido cumprido por agente que desconhecia sua ilicitude.

A teoria ou limitação da infração constitucional alheia preconiza que apenas a pessoa prejudicada com a utilização da prova ilícita é que pode solicitar o reconhecimento de sua ilicitude.

Segundo a limitação da infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial, inexistente ilicitude se a ilegalidade for ocasionada por outros agentes dos organismos estatais, por particulares ou autoridades estrangeiras.¹²⁸

6.5.4. Exclusão da ilicitude das provas

Pode ocorrer de a prova, apesar de ser colhida sem a observância dos preceitos constitucionais ou legais, ainda assim ser considerada válida, podendo perfeitamente amparar uma sentença condenatória.

A. Princípio da proporcionalidade

É amplamente reconhecida a possibilidade de utilização da prova favorável ao investigado na persecução penal, mesmo que colhida com violação a direitos seus ou de terceiros, por aplicação do princípio da proporcionalidade. Trata-se da chamada prova ilícita *pro reo*.

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

Bem assim, seria possível que um investigado invadisse casa alheia, mesmo sem mandado judicial, para pegar um *pen drive* contendo imagens de câmera de segurança que comprovem que não matou determinada pessoa, mas tentou salvá-la de golpe desferido por terceira pessoa.

Ressalva-se apenas a prova conseguida mediante tortura, ainda que constitua o único meio para inocentar o acusado.¹²⁹

Já a prova ilícita *pro societate*, que envolve discussão bem mais tormentosa, somente é possível em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável, sob pena de se conferir ao Estado ampla e irrestrita possibilidade de violar direitos fundamentais.¹³⁰

128 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 624.

129 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 630.

130 STF, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001.

B. Cooperação internacional (compartilhamento de provas)

Hodiernamente, a criminalidade organizada não respeita as barreiras físicas entre países, de modo que os delinquentes, não raras vezes, praticam atos ilícitos em diversos países. Nesse contexto, eventualmente as provas só podem ser produzidas num determinado país, surgindo a necessidade do compartilhamento de elementos por meio da cooperação internacional.

Não há ilegalidade no compartilhamento, por força de acordo internacional de cooperação em matéria penal, do resultado de medida invasiva, desde que implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico vigente do outro país, dispensando-se autorização da justiça brasileira. Na cooperação jurídica, o ato deve ser praticado segundo a legislação do país que presta o auxílio, até porque um não pode impor ao outro a sua legislação. Nada impede, todavia, que no pedido de cooperação o Estado requerente solicite que a diligência seja feita com a adoção de determinada formalidade.¹³¹ É o entendimento das Cortes Superiores.¹³²

Desse modo, se o ordenamento jurídico de determinado país permitir entrada em domicílio por ordem de autoridade administrativa, a prova resultante dessa diligência, compartilhada com o Brasil, será válida.

6.6. Espécies

6.6.1. Introdução

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

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

<i>Hipóteses em que se admite o ingresso em casa alheia</i>	<i>Exceções à inviolabilidade do domicílio</i>
- Consentimento do morador - Flagrante delito - Desastre - Prestar socorro - Determinação judicial	- Flagrante delito - Desastre - Prestar socorro - Determinação judicial

131 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 528.

132 STF, Ext 524, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/03/1991; STJ, HC 231.633, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 25/11/2014.

<i>Momento de entrada na casa</i>	
<i>Durante o dia</i>	<i>Durante o dia ou noite</i>
- Determinação judicial	- Consentimento do morador - Flagrante delito - Desastre - Prestar socorro - Determinação judicial

As situações de desastre e socorro, conquanto sejam exceções constitucionais de inviolabilidade domiciliar, não configuram propriamente espécies de busca e apreensão domiciliar, pois o objetivo do ingresso forçado na casa é auxiliar em situação de emergência e proteger a integridade física e a vida de pessoas, e não angariar elementos probatórios para uma persecução penal.

A situação de desastre ocorre diante de acidente decorrente de conduta humana (ex: abalroamento de veículos, manuseio equivocado de máquina, etc.) ou de catástrofes naturais (ex: desabamento, enchente, incêndio, etc). Nessa hipótese, sendo preciso a entrada em domicílio alheio para resguardar a integridade física e vida do morador e de terceiros (ex: resgatar um morador ilhado na enchente, remover um poste caído para evitar um incêndio na vizinhança), não se exige anterior ordem judicial.

A entrada na residência para prestar socorro pode decorrer de desastre, mas também derivar de um urgente problema de saúde (ex: amparar um morador infartado), tampouco sendo razoável condicionar o auxílio a uma manifestação do Judiciário.

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

6.6.2. Busca e apreensão domiciliar com consentimento do morador

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

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

A aquiescência deve ser livre, expressa, anterior, esclarecida, específica e

oriunda de pessoa capaz de consentir. Ou seja, não se admite o assentimento decorrente de coação física ou moral, implícito,¹³³ posterior, sem prévia informação de direitos, genérico ou emanado de pessoa incapaz de consentir. Senão vejamos.

O assentimento precisa ser livre, ou seja, não estar viciado por erro ou qualquer tipo de intimidação ou promessa de favorecimento. No caso de coação física ou moral, ou promessas indevidas, além de os elementos angariados serem imprestáveis em razão da ilicitude da prova, o agente público sofre responsabilização pessoal pelo abuso cometido. Muito embora o ordenamento jurídico não faça qualquer ressalva quanto ao destinatário da autorização para ingresso na casa, há quem sustente que o consentimento do morador não teria validade para o policial ou outro agente público, pois o exercício da autoridade estatal representa, por si só (de forma implícita), um constrangimento à livre deliberação do cidadão. Em outras palavras, o temor gerado em decorrência dos poderes inerentes ao cargo público (*metus publicae potestatis*) afastaria a lícitude da diligência. Esse consentimento foi chamado pela Suprema Corte dos Estados Unidos de sob autoridade governamental (*under government authority*) ou sob as cores do uniforme (*under color of office*).¹³⁴ Todavia, prevalece que não se pode presumir a coação, sob pena de inviabilizar a ação do Estado mediante autorização do morador. Ademais, a providência será documentada nos autos, em nada prejudicando o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O consentimento deve ser expresso, jamais presumido. O silêncio não pode ser interpretado como autorização, por força da regra probatória derivada do princípio do *in dubio pro reo*.¹³⁵ Como não há previsão legal de forma especial, o assentimento pode ser concedido tanto verbalmente como por escrito. Se for verbal, deve ser documentado, seja no boletim de ocorrência ou no depoimento do policial como testemunha. Melhor ainda se for confeccionado auto circunstanciado, nos moldes do exigido para a busca e apreensão por determinação judicial (art. 245, §7º do CPP), se possível com assinatura de 2 testemunhas para eliminar quaisquer dúvidas sobre a regularidade da ação policial.

A aquiescência deve ser anterior à entrada na casa, nunca posterior. Afinal, o ingresso na residência depende dessa autorização, tornando viciada a entrada no domicílio sem ela. Isso significa que a chamada limitação da renúncia do

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

134 U.S. Supreme Court, Amos v. United States, DJ 28/02/1921; U.S. Supreme Court, Johnson v. United States DJ 28/02/1921.

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

interessado,¹³⁶ que afasta a ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada), deve ser aplicada com reservas, apenas se a manifestação se der previamente.

A concordância precisa ser precedida de um grau de esclarecimento sobre as implicações da medida contra o morador que consente com a busca. Em que pese a falta de previsão legal, tratando-se de mais uma diligência no inquérito policial que pode implicar a produção de prova contra o investigado, importante que sejam esclarecidos seus direitos e as consequências da realização da diligência. Assim como ocorre no interrogatório (art. 186 do CPP, art. 5º, LXIII da CF e art. 8.2, g da Convenção Americana de Direitos Humanos), o alvo da investigação precisa saber que, em razão do privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), tem a faculdade de não adotar comportamento que possa incriminar a si mesmo.¹³⁷

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

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

<i>Busca e apreensão domiciliar com consentimento do morador</i>	
Consentimento válido	Consentimento inválido
- Livre - Expresso - Anterior - Esclarecido - Específico - Oriundo de pessoa capaz	- Decorrente de coação física ou moral - Implícito - Posterior - Sem prévia informação de direitos - Genérico - Oriundo de pessoa incapaz

Havendo mais de um morador (que não precisa ser necessariamente proprietário, locatário ou possuidor), a autorização deve ser unânime.¹³⁸ Em caso de divergência prevalece a negativa, solução consentânea com o espectro

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

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

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

protetivo que deve cercar o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

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

6.6.3. Busca e apreensão domiciliar em flagrante delito

A entrada na casa para interromper flagrante delito não demanda ordem judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite.

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

As discussões sobre prisão em flagrante realizada no interior de residência e busca e apreensão domiciliar são conexas, pois a busca na residência onde está praticando o ilícito penal é insita à captura do criminoso. Isso porque é dever da Polícia Judiciária preservar a cena do crime e colher todas as provas necessárias à demonstração da materialidade e autoria (art. 144 da CF, art. 6º, I a III do CPP e art. 2º, §2º da Lei 12.830/13). De igual maneira, a busca pessoal não só pode, mas deve ser feita (art. 244 do CPP). Não faria sentido entrar na casa para prender o criminoso, porém não poder procurar e apreender os objetos que sirvam para provar a prática do delito.

O ingresso no domicílio pode ocorrer diante da ocorrência de uma das hipóteses de flagrância elencadas no art. 302 do CPP. Há quem sustente que apenas o flagrante próprio (art. 302, I e II do CPP) autorizaria a entrada forçada no local, pois a norma mitigadora de direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente¹³⁹. Entretanto, prevalece na doutrina¹⁴⁰ e na jurisprudência¹⁴¹ que o preceito constitucional não trouxe qualquer restrição quanto às demais modalidades de flagrante (impróprio e presumido – art. 302, III e IV do CPP), não sendo adequada a hermenêutica que sirva para tornar a casa um escudo protetivo em favor de delinquentes em flagrante, criando odiosa imunidade ao criminoso.

139 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 416.

140 TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de Processo Penal Comentado. v. 1. São Paulo: Saraiva, 200, p. 689; AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 576.

141 STF, RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 23/04/2010 STJ, HC 10.899, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001.

Qualquer infração penal que esteja sendo praticada dentro da casa pode ser interrompida, ainda que se trate de contravenção penal. O termo *flagrante delicto* deve ser interpretado extensivamente, pois não faria sentido proteger o cidadão contra apenas uma das espécies do gênero infração penal (crime), deixando-o desamparado quando for vitimado pela outra modalidade (contravenção penal). Vale lembrar que a interpretação extensiva é admitida no processo penal, razão pela qual esse mesmo raciocínio é feito quanto ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da CF),

Existe importante discussão quanto ao flagrante de crime permanente. Sabemos que crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo), e enquanto não cessar a permanência, admite-se sua prisão em flagrante (art. 303 do CPP) mesmo que dentro de sua casa.

A polêmica reside não na possibilidade da entrada na casa, mas no grau de certeza de que o crime está ocorrendo. Nesse ponto, há basicamente 3 correntes: a) é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; b) não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, demonstradas por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); c) é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado numa mera desconfiança pessoal de que um crime está a ocorrer no interior da casa.

O Supremo Tribunal Federal se filiou à posição intermediária:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. (...) Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “fundadas razões”.¹⁴²

Por isso, fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

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

142 STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

O posicionamento da Suprema Corte não eliminou por completo a problemática, pois a expressão “fundadas razões” é polissêmica, de maneira que persiste a busca por parâmetros mais seguros de interpretação do requisito.

Assim, se de um lado não se deve incentivar o exercício da adivinhação que coloque a violação do domicílio numa verdadeira loteria, de outro exigir uma confirmação visual muitas vezes impossível de ser obtida é temerário e enfraqueceria sobremaneira o combate aos covardes criminosos que não respeitam sequer o recato do lar.

Cabe estacar que as fundadas razões não precisam ser demonstradas de antemão, sob pena de inviabilizar a agilidade necessária à medida, podendo ser apresentadas após a conclusão da diligência. E que a denúncia anônima, por si só, não constitui embasada razão a autorizar o acesso à residência, devendo ser robustecida com elemento adicional.¹⁴³ A *notitia criminis* apócrifa só será útil uma vez seguida de diligências para confirmar os fatos nela noticiados. Só pode ser prestigiada a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, contudo, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à autorização de medida cautelar.

Outra questão sensível se refere ao insucesso da diligência, quando o policial ingressar na casa e constatar que não havia situação flagrancial. Nesse contexto, é preciso distinguir 2 situações.

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

De outro lado, se a diligência não derivar de embasadas suspeitas, o policial será responsabilizado. A entrada forçada injustificada em domicílio é arbitrária e configura crimes de abuso de autoridade (art. 3º, b da Lei 4.898/65) e violação de domicílio (art. 150 do CP).¹⁴⁴ Mesmo que o flagrante se confirme, o encontro posterior de prova da materialidade não tem o condão de afastar a ilicitude das provas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Logo, a diligência deve ser avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.¹⁴⁵ Parcela da doutrina sustenta que a prova colhida no interior da casa não deve ser considerada ilícita. Isso porque o policial, ainda que por abuso de autoridade, impede a ocorrência de um crime em franco desenvolvimento, situação muito diferente daquela em que o agente da autoridade tortura o preso para que confesse:

143 STF, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; STF, RHC 117.988, Rel. Min.

Celso de Mello, DJ 16/12/2014; STJ, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.

144 STJ, HC 81.752, Rel. Min. Jane Silva, DJ 27/09/2007.

145 STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

Note-se que, na hipótese da tortura, comete a autoridade policial um crime para descobrir outro pretérito, o que é bem diferente de praticar um abuso de autoridade, mas terminar impedindo a continuidade da consumação de outro. Na primeira situação (tortura), o réu ou indiciado não mais praticava ilícito algum, quando sofreu a violência. No segundo caso (crime permanente descoberto por acaso), havia o desenrolar de uma atividade criminosa, que cessou graças à interferência da polícia.¹⁴⁶

Quando presentes as fundadas razões de que um crime está sendo praticado no interior de uma residência, surge a dúvida sobre a postura: entrar na casa ou solicitar mandado de busca e apreensão domiciliar? O delegado de polícia, responsável pelo primeiro controle de legalidade da persecução penal, ao ser comunicado da situação por testemunhas ou policiais, deve decidir com base no critério do risco da demora.

A ação imediata, independentemente de ordem judicial, deve ser tomada se a entrada for imprescindível para prevenir o dano à vítima, aos policiais ou terceiros, evitar a destruição de provas, impedir a fuga do suspeito ou alguma outra consequência que frustre indevidamente esforços de aplicação da lei. Essas situações de perigo de prejuízo foram chamadas no direito norte-americano de circunstâncias exigentes (*exigente circumstances*).¹⁴⁷ Regra geral, a urgência é maior para evitar a consumação de um delito instantâneo, e tem menos intensidade no caso de crime permanente.

Caso o risco não seja tão grande e seja possível postergar a ação policial, a autoridade de Polícia Judiciária deve representar em juízo pela busca e apreensão domiciliar, determinando que seus agentes mantenham cerco sobre o local.

<i>Providência policial diante da existência de fundadas razões de crime sendo cometido no interior de residência</i>	
- Prevenir dano à vítima, aos policiais ou terceiros - Evitar a destruição de provas - Impedir a fuga do suspeito ou alguma outra grave consequência	
Elevado risco ↓	Risco moderado ↓
Entrar imediatamente na casa	Postergar a ação policial, cercar o local e representar por mandado de busca e apreensão domiciliar

146 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 380.

147 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, United States v. McConney, DJ 10/02/1984.

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

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

6.6.4. Busca e apreensão domiciliar por determinação judicial

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

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

Indubitavelmente, a busca e apreensão domiciliar decorrente de ordem judicial distingue-se por sua importância, e por isso mesmo mereceu tratamento mais detalhado na legislação processual penal. Devido à sua dimensão, será tratada em capítulo à parte para melhor organização didática do conteúdo.

7. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL

7.1. Pressupostos e requisitos

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

A medida cautelar deve ser realizada quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (plausibilidade da medida, analisada com base na probabilidade

e verossimilhança dos elementos disponíveis) e *periculum in mora* (risco de perecimento pela deterioração natural, desaparecimento ou destruição).

De acordo com a doutrina, o requisito da busca e apreensão domiciliar, manifesto na expressão *fundadas razões*, demanda maior concretude do que a *fundada suspeita* exigida para a busca pessoal.¹⁴⁸ É o que se chama na Constituição dos Estados Unidos, pioneira na proteção ao domicílio, de causa provável (*probable cause*).

<i>Busca e apreensão</i>		
	Pessoal	Domiciliar
Local	No corpo, vestimenta, pertences ou veículos	No interior da casa
Previsão Normativa	Art. 244 do CPP	Art. 5º, XI da CF e arts. 240 a 250 do CPP
Momento	A qualquer tempo	Durante o dia
Requisitos	Fundada suspeita	Fundadas razões
Pressupostos	<i>Fumus boni iuris e periculum in mora</i>	

7.2. Denúncia anônima

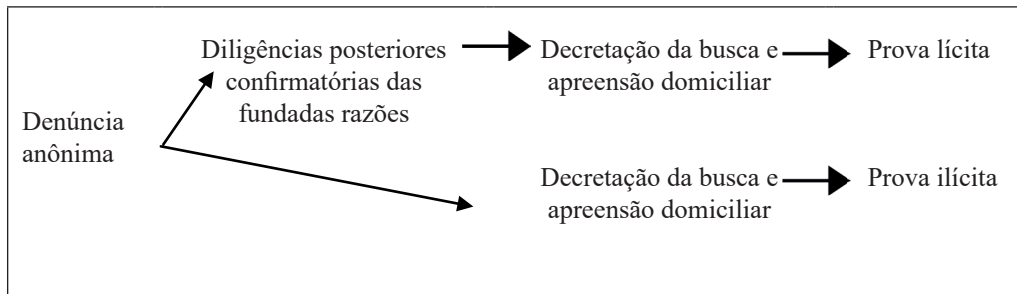
O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem ser demonstrados, ainda que por informações embrionárias decorrentes de investigações preliminares. Obviamente que não se exigem elementos robustos, justamente o que se quer buscar com essa medida investigativa.

Por isso, a denúncia anônima não autoriza, por si só, a decretação da busca e apreensão domiciliar ou de outros métodos invasivos de investigação (tal como a interceptação telefônica), nem mesmo a instauração de inquérito policial ou a propositura de ação penal, segundo entendimento dos Tribunais Superiores.¹⁴⁹ É dizer, a *noticia criminis* apócrifa, apesar de não servir de substrato exclusivo para a apuração criminal, pode perfeitamente ensejar o início das investigações, devendo ser confirmada por diligências posteriores.

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

148 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014, p. 582.

149 STF, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; STF, RHC 117.988, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014; STJ, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.



7.3. Competência para decretação

A presença dos pressupostos deve ser aferida pelo magistrado, em juízo de cognição sumária, porquanto a busca e apreensão domiciliar está agasalhada pela cláusula constitucional de reserva de jurisdição (art. 5º, XI da CF). Em outras palavras, a decretação deve ser feita pelo juiz, pois em relação a essa matéria possui a prerrogativa de dizer não só a última palavra, mas também a primeira.¹⁵⁰

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

Dessa forma, o art. 241 do CPP, segundo o qual “quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”, não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, que exige ordem judicial para a violação do domicílio. O fato de o delegado de polícia cumprir a diligência pessoalmente não afasta a cláusula de reserva de jurisdição. O que significa dizer que, não sendo o caso das demais exceções constitucionais (flagrante delito, desastre e socorro), apenas mediante decisão do juiz é possível violar o domicílio contra a vontade do morador. Pela mesma razão, não pode o fiscal da Administração Tributária entrar forçadamente (art. 195 do CTN) na casa sem prévia ordem judicial¹⁵¹, ou tampouco uma Comissão Parlamentar de Inquérito expedir mandado de busca e apreensão domiciliar.¹⁵² É dizer, o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos não prevalece sobre essa limitação constitucional ao poder do agente estatal, que não pode ingressar na casa alheia sem mandado judicial contra a vontade de quem de direito (*invito domino*).

Interessante rememorar que o dispositivo, que facultava também ao delegado de polícia a decretação da medida cautelar, era compatível com o

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

151 STF, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/12/1999.

152 STF, MS 23.642, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/11/2000.

ordenamento constitucional anterior a 1988 (Emenda Constitucional 1/69), que admitia a entrada na casa, além das hipóteses do texto constitucional, nos “casos e na forma que a lei estabelecer”. Crítica que se faz à subtração dessa atribuição da autoridade de Polícia Judiciária é que não raras vezes a morosidade do Judiciário na análise do caso impede a obtenção, em tempo hábil, das provas localizadas na casa, acarretando o fracasso da investigação e gerando impunidade. Nesse sentido, considerando que, conforme reconhecido pela Corte Suprema, o delegado de polícia pertence a carreira jurídica que pressupõe amplo domínio do ordenamento jurídico¹⁵³, nada impede que o texto constitucional seja novamente modificado para voltar a permitir que a autoridade policial expeça mandado de busca e apreensão de forma fundamentada, o que não impediria a responsabilização decorrente de eventual abuso.

Além do art. 241 do CPP, segundo o qual “quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”, o art. 242 do CPP prescreve que “a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. Interpretação literal dos dispositivos levaria a admitir a decretação da busca e apreensão domiciliar de ofício pelo juiz em qualquer etapa da persecução penal, mesmo na pré-processual. Os comandos legais devem ser lidos à luz da Constituição Federal, no sentido de que a iniciativa probatória do magistrado deve se limitar à fase processual. Com efeito, o magistrado não pode atuar sem provocação na fase investigativa, sob pena de evidente afronta ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade. O juiz só pode decretar medida cautelar de ofício durante o processo (e nunca na fase investigativa), e não deve executar *manu propria* qualquer providência investigativa em quaisquer das etapas, sob pena de se transformar em verdadeiro juiz inquisidor, figura rechaçada pela doutrina¹⁵⁴ e pela jurisprudência¹⁵⁵ por violar o sistema acusatório e do princípio da imparcialidade:

Veda-se ao Poder Judiciário o desempenho de atividade investigatória na fase pré-processual. (...) O magistrado não pode dirigir a atividade investigatória nem dela participar em substituição à autoridade policial.¹⁵⁶

Deve-se realçar que, nos termos dos arts. 75, parágrafo único e 83 do CPP, possui prevenção para eventual futura ação penal o juiz que primeiro toma conhecimento da causa e examina a representação policial relativa ao pedido de busca e apreensão domiciliar. Ou seja, a distribuição realizada para o efeito

153 STF, ADI 3441, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09/03/2007.

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

155 STF, Tribunal Pleno, ADI 1.570, Rei. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004.

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

de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal. Esse entendimento é seguido pelas Cortes Superiores,¹⁵⁷ apesar de parcela da doutrina criticar¹⁵⁸ a sistemática por supostamente violar a imparcialidade do magistrado, que deveria ficar impedido de julgar a causa se praticou ato decisório na investigação criminal correspondente.

7.4. Legitimidade para solicitação

O principal legitimado para solicitar a busca e apreensão domiciliar é a autoridade de Polícia Judiciária, no exercício de sua capacidade postulatória imprópria, autêntica *legitimatio propter officium*.

O deferimento da medida não depende de parecer favorável do Ministério Público. Isso porque o delegado de polícia, como presidente do inquérito policial, é a autoridade vocacionada a conduzir de maneira discricionária o procedimento policial, determinando seu rumo de acordo com as peculiaridades do caso concreto, segundo seu livre convencimento técnico-jurídico.¹⁵⁹ Nesse contexto, a utilização de medidas cautelares constitui mais um dos possíveis caminhos a serem trilhados na busca pela verdade. Desse modo, se a adoção de tais medidas ficasse condicionada ao parecer do *Parquet*, isso significaria verdadeira usurpação da direção da investigação policial, sepultando a um só tempo o artigo 144 da CF e art. 2º, §1º da Lei 12.830/13.¹⁶⁰

Por óbvio, os agentes da autoridade policial (policiais militares, guardas municipais ou policiais rodoviários federais)¹⁶¹ não têm legitimidade para requerer o mandado de busca e apreensão,¹⁶² porquanto não possuem atribuição para investigação de crimes comuns e tampouco pertencem a carreira jurídica.¹⁶³

O membro do Ministério Público, a seu turno, pode requerer a medida ao

157 STF, HC 88.214, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 1408/2009; STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 16/11/2010.

158 Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias, In BONATO, Gilson (Org.). Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343-36.

159 Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 177/180.

160 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

161 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 827; TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 406.

162 ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto de Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 101-106.

163 STF, RE 401243, Rel. Min. Marco Aurelio, DP 18/10/2010; STJ, RMS 26.546, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 09/03/2010.

Judiciário, desde que no seio de procedimento investigatório criminal próprio, tendo em vista o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir a apuração criminal do *Parquet*.¹⁶⁴ De outro lado, não poderá solicitar a diligência no bojo de inquérito policial, pois nesse caso estaria fazendo as vezes do delegado de polícia e o substituindo na presidência da apuração criminal. Nessa situação, deve remeter as informações que recebeu à autoridade de Polícia Judiciária para que analise a pertinência da busca e apreensão domiciliar.

Nada impede que o ofendido e o suspeito solicitem a medida de busca e apreensão ao delegado (art. 14 do CPP), que avaliará a pertinência da sugestão e decidirá se formulará a representação ao juiz, ou que os envolvidos requeiram diretamente ao magistrado (art. 242 do CPP).

<i>Legitimidade para solicitação</i>		<i>Competência para decretação</i>
Delegado de polícia	Membro do Ministério Público	Juiz
Fase investigativa	Fase investigativa e processual	Fase processual

7.5. Atribuição para execução

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

Nessa linha, as atividades investigatórias de crimes comuns devem ser exercidas precipuamente por policiais civis ou federais, “sendo vedada a participação de agentes estranhos à autoridade policial”.¹⁶⁵ Eventuais máculas estruturais das Polícias Judiciárias não tem o condão de autorizar o desrespeito ao arcabouço normativo. Esse entendimento doutrinário encontra guarida na legislação¹⁶⁶ e em decisões dos Tribunais Superiores¹⁶⁷ e da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁶⁸.

164 STF, RE 593727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

165 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113; FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. Revista Duc In Altum - Caderno de Direito. v. 4. n. 6. jul-dez. 2012; SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. Delegado de polícia em ação. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 34-35.

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

167 STF, Tribunal Pleno, ADI 2427, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/08/2006; STF, Tribunal Pleno, ADI 3441, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09/03/2007; STJ, HC 149.250, Rel. Min. Adilso Vieira Macabu, DJe 05/09/2011;

168 CIDH, Caso Escher e Outros vs Brasil, Sentença de 06/07/2009.

Embora não caiba a execução autonomamente por policiais militares, há quem admita que os milicianos, no máximo, colaborem no cumprimento da busca e apreensão domiciliar.¹⁶⁹ Nessa situação, a diligência deve permanecer sob coordenação do delegado de polícia, presidente das investigações (art. 2º, §1º da Lei 12.830/13).

7.6. Sigilo

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

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

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

7.7. Contraditório e atuação da defesa

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

A partir do desequilíbrio gerado pelo cometimento do crime, é preciso que o Estado-Investigação materialize o desejo de sociedade de retorno à condição de equilíbrio com a aplicação da lei penal. No entanto, esse caminho deve ser

169 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 716.

percorrido de maneira justa e controlada, sem sobressaltos.¹⁷⁰ Para estabelecer a igualdade, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de autoria. Assim, tendo em vista esse desnível provocado pelo próprio criminoso, na fase indiciária justifica-se alguma vantagem em favor do Estado, a fim de restabelecer o equilíbrio e melhor colher indícios a respeito do fato criminoso.¹⁷¹

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

Destarte, diz-se que o inquérito policial é inquisitório, e não acusatório como o processo penal, porquanto não incidem de maneira integral os postulados do contraditório e ampla defesa. Exatamente por isso o direito do advogado a ter acesso ao inquérito policial limita-se às diligências já concluídas e juntadas aos autos (súmula vinculante 14 do STF e art. 7º, §11 da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB).¹⁷² A defesa desempenha papel relevante na investigação preliminar, que não está a serviço da acusação. Todavia, sua atuação na fase pré-processual deve ser feita com parcimônia, de modo a não inviabilizar a apuração criminal.

Bem assim, a resposta à pergunta sobre aplicabilidade do contraditório prévio à busca e apreensão domiciliar só pode ser negativa, por uma razão muito simples: inviabilizaria a medida. Essa técnica de investigação necessita de execução silenciosa e célere.¹⁷³

Por isso mesmo o art. 282, §3º do CPP ressalva os casos de *perigo de ineficácia da medida*, e o Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴ entende incabível a manifestação prévia da defesa em medida cautelar. Trata-se de medida *inaldita altera pars*, sendo o contraditório postergado. A ausência de oitiva antecipada da parte contrária não significa que a defesa ficará de mãos atadas. O investigado

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

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

172 Para uma visão mais aprofundada da atuação da defesa na investigação criminal e as inovações promovidas pela Lei 13.245/16: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. Revista Consultor Jurídico, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

173 COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 184.

174 STJ, RMS 30.172, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 04/12/2012.

terá acesso aos documentos que materializam a diligência e poderá se manifestar a partir da conclusão da busca e apreensão e juntada da documentação aos autos do inquérito policial. Isto é, a defesa poderá se insurgir em momento diferido pelos meios recursais e autônomos de impugnação.

Avisar o investigado que sua casa será devassada pela Polícia retiraria o fator surpresa que serve de base às investigações, permitindo que o morador ocultasse ou destruísse objetos de interesse à apuração. Convém que o delegado de polícia, em sua representação por busca e apreensão domiciliar, faça a expressa ressalva nesse sentido, evitando entendimentos equivocados que prejudiquem a investigação.

7.8. Momento e prazo

A investigação preliminar é conduzida de maneira discricionária pela autoridade policial, que determina o rumo da apuração de acordo com as vicissitudes do caso concreto, “da forma que melhor lhe aprouver”.¹⁷⁵

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

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

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

Não pode o magistrado criar requisitos adicionais sem justificativa, assim como estabelecer que o mandado judicial só pode ser cumprido por 2 testemunhas não policiais.¹⁷⁶

175 ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 116.

176 STF, HC 84.679, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09/11/2004.

7.9. Especificidade

A representação do delegado de polícia deve indicar, e o mandado judicial deve conter, o mais precisamente possível, o endereço da casa, o nome do proprietário ou morador, o motivo e os fins da diligência (art. 243 do CPP).

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

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

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

Bem assim, o desiderato da busca e apreensão domiciliar (medida cautelar probatória) é obter os instrumentos e produtos do crime. Para conseguir o proveito do delito, o instrumento adequado é o sequestro (medida cautelar patrimonial).¹⁷⁷

	<i>Busca e apreensão</i>	<i>Sequestro</i>
Natureza da medida	Medida cautelar probatória	Medida cautelar patrimonial (assecuratória)
Objeto a ser apreendido	Instrumento ou produto do crime (art. 240, §1º, d e c)	Proveito do crime (arts. 132, 125 e 126 do CPP) ou bem ou valor equivalente (art. 91, §2º do CP)
Finalidade	Provar a materialidade e autoria delitiva	Possibilitar a reparação da vítima, confisco do Estado e asfixia financeira do criminoso

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

¹⁷⁷ Explicações mais detalhadas constam do tópico *Objetivos*.

A especificidade do mandado de busca e apreensão domiciliar decorre do fato de que a medida constritiva não se presta a saciar a curiosidade alheia, possuindo direcionamento específico. É delimitado pelo tipo de crime investigado, não se tratando de autorização genérica para colheita aleatória de coisas, sem objeto definido, segundo precedente da Suprema Corte.¹⁷⁸ Por isso é que, em se tratando de edifício, a autorização judicial para ingresso em determinada sala de um andar não pode ser estendida para as demais salas e andares, ainda que seja de propriedade ou posse da mesma pessoa física ou jurídica.¹⁷⁹ Do mesmo modo, o mandado referente a um estabelecimento comercial não autoriza automaticamente a entrada em outros recintos da mesma pessoa localizados em endereços diferentes.¹⁸⁰ Nada impede que o mandado autorize o ingresso em mais de um local, porém essa permissão deve ser expressa.

No entanto, alertam os Tribunais Superiores¹⁸¹ que não há obrigação de indicação, de antemão (*ex ante*), de todos os bens a serem apreendidos, num verdadeiro exercício de futurologia. Inexiste dispositivo legal exigindo que o delegado de polícia ou o juiz esmiúce quais documentos ou objetos devam ser coletados, até mesmo porque tal pormenorização só é possível de ser implementada após a verificação do que foi encontrado no local em que cumprida a medida, ou do que localizado em poder do indivíduo que sofreu a busca pessoal. Especificado o norte da investigação, é preciso conferir certa margem de liberdade, no momento da diligência, à autoridade policial.

7.10. Precisão e adesividade

A regra geral é que o mandado de busca e apreensão seja preciso, individualizando o local onde será realizada a diligência. Não se admite o chamado mandado coletivo ou genérico, verdadeiro cheque em branco para a polícia devassar um sem número de residências de forma indiscriminada. Logo, deve-se indicar precisamente o endereço da casa a ser vasculhada, mesmo sabendo que por vezes o descobrimento do endereço do suspeito é bastante difícil.

Nada impede que a decisão judicial autorize a entrada em várias casas, por meio da expedição de vários mandados, por exemplo em todas as casas de um condomínio. O que não se admite é a permissão indeterminada para entrada

178 STF, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08/06/2010.

179 STF, HC 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16/12/2014.

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

181 STF, Pet 5.173 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 90/09/2014; STJ, HC 142.205, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/11/2010; STJ, RHC 59.661, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 03/11/2015.

em todos os domicílios de um bairro, seja de região nobre ou de uma favela, ensejando um número indeterminado de buscas.

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

Nessa esteira, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão individualizado, se a equipe policial detectar, com segurança, que o alvo mudou de casa, levando consigo os objetos, é plenamente possível que os policiais, de posse do novo endereço, até lá se dirijam para cumprir a medida autorizada judicialmente. Essa possibilidade decorre da adesividade do mandado de busca e apreensão, que, conforme explica a doutrina:

Nada mais é do que a possibilidade de o mandado de busca e apreensão ser dotado de uma capacidade perseguidora, permitindo que uma ordem judicial dirigida à violação de uma determinada casa do investigado também abranja, no caso de modificação repentina de paradeiro, a atual residência do suspeito (mesmo que não esteja previsto esse outro endereço no referido *mandamus*). (...) A lei não protege o ponto geográfico onde está situada a moradia do investigado, mas sim o recato do ambiente no qual o suspeito reside (habitat), independentemente de sua respectiva latitude e longitude. Se a ordem judicial já autorizava a violação do domicílio do increpado, pouco importa o endereço dessa casa.¹⁸²

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

É necessário sublinhar que não se trata de mandado genérico e eterno. A ordem é específica, autorizando especificamente o ingresso na casa de determinada pessoa, e deve ser cumprida em prazo razoável uma única vez.

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

A providência alternativa de cercar a nova residência e formular outro pedido para nova autorização judicial não seria suficiente, pois, ainda que se

182 COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 185/187.

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

7.11. Modo de cumprimento do mandado

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

Não é demais reforçar que o marco temporal serve como baliza para o início da busca, não impedindo que se estenda após as 18:00hs ou o crepúsculo se necessário para garantir a eficácia da medida. Além disso, a restrição não impede que a equipe de policiais tome medidas preparatórias ao ingresso na casa antes das 06:00hs ou aurora, tal como o cerco do local para assegurar a eficácia da diligência.

Não deve haver solução de continuidade na atividade. Assim sendo, com o encerramento da medida, lavratura do auto circunstanciado e saída de toda a equipe policial do local, não se admite a retomada da busca horas depois sem nova ordem judicial, ainda que antes das 18:00hs.¹⁸³

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

Não é obrigatória a participação de advogado. O indivíduo não pode obstar a realização da diligência sob o argumento de que não se faz acompanhar por procurador. O direito do advogado concentra-se em assistir a seu cliente investigados durante a realização da sua inquirição (art. 7º, XXI do Estatuto da OAB – Lei 8.906/94). É dizer, a participação do causídico na investigação, em que pese recomendável, continua não sendo obrigatória, sendo imperativa sua atuação apenas a partir da produção da *prova* oral relativa a seu cliente.¹⁸⁴ Claro

183 STJ, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 20/09/2012.

184 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. Revista Consultor Jurídico, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/>

que, no momento em que o causídico chegar, poderá acompanhar a execução da medida, sem interferir em sua execução, podendo ter acesso ao resultado da diligência assim que for finalizada e juntada aos autos (art. 7º, §11 do EOAB e súmula vinculante 14 do STF).

A regra geral impõe que os executores, antes de penetrarem na casa, mostrem e leiam o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta (art. 245, *caput* do CPP). Se no domicílio somente estiver pessoa incapaz de consentir, utiliza-se o regramento da ausência de morador. No entanto, o preceito não possui caráter absoluto. Em algumas situações, esse procedimento pode acarretar a frustração da medida ou o incremento excessivo do risco aos policiais.¹⁸⁵ Com efeito, diante de perigo à integridade física dos policiais, do morador ou de terceiros, nada impede que a leitura e apresentação do documento se dê assim que a situação esteja sob controle da equipe de policiais, logo após o ingresso no recinto e *congelamento* da cena da diligência (busca rápida em todos os cômodos para detectar ameaças, com identificação de todos os ocupantes e facilitação da posterior varredura minuciosa do local).¹⁸⁶ Dessa maneira se evita um potencial confronto e o morador continuará tendo total ciência do teor do mandado, compatibilizando-se a finalidade da regra (transparência dos atos públicos) com a garantia da incolumidade de todos os envolvidos.

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

A varredura no domicílio deve ser feita sem desvio de finalidade, sob pena de a prova encontrada fortuitamente não ser considerada válida.¹⁸⁷ Devem ser seguidas basicamente 2 premissas: a) o agente deve realizar a busca nos locais onde provavelmente a coisa possa estar escondida, abstendo-se de procurar onde claramente não estaria o objeto; b) se o agente já tiver localizado o bem procurado, deve encerrar a diligência e cessar a procura. Assim, se a diligência for decretada apenas a fim de localizar um veículo roubado, não há razões para vasculhar todas as gavetas e armários no interior da residência. Já se o mandado judicial autorizar a busca e apreensão de drogas ou de documentos, procurar cada cômodo da casa é o que se espera da Polícia Judiciária. Do mesmo modo, se uma busca e apreensão domiciliar for autorizada para apreender um computador, a partir do momento em que ele for encontrado acabam os motivos para a continuidade das buscas, não sendo acidental o achado posterior, após o prosseguimento da diligência por considerável período, de um documento

advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>. Acesso em: 14 jan. 2016.

185 CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques de. Manual prático de polícia judiciária. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 85

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

187 Maiores detalhes podem ser conferidos no tópico *Encontro fortuito de provas*.

falsificado no interior de um cofre ou a descoberta ulterior de um animal em cativeiro.

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

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

A agilidade é fundamental. O alvo não deve ser molestado mais do que o indispensável para o sucesso da diligência (art. 248 do CPP).

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

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

Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes (art. 245, §6º do CPP). Este dispositivo reforça a importância da preservação da cadeia de custódia, impedindo a contaminação das evidências e o acesso por estranhos não autorizados. É recomendável o uso de luvas para manusear os objetos, e lacres para impedir sua violação, evitando dúvidas quanto à origem do material e garantindo a idoneidade do vestígio. O mesmo cuidado deve existir com os elementos relativos a outros crimes ou outras pessoas, encontrados fortuitamente. Esses vestígios achados por acaso podem ser utilizados na persecução penal ou como *noticia criminis* para nova investigação, não constituindo prova ilícita. Isto é, a serendipidade fasta a ilicitude da prova.¹⁸⁸

Dispõe o art. 247 do CPP que, não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido

¹⁸⁸ Para uma discussão mais aprofundada, indico o tópico *Encontro fortuito de provas*.

a busca, se o requerer. Em verdade, os motivos da diligência serão sempre informados, e não apenas mediante requerimento do morador se a diligência restar frustrada. Isso porque o mandado judicial deve mencionar os motivos da busca (art. 243, II do CPP), e será mostrado e lido ao morador no início da diligência (art. 245 do CPP).

Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com 2 testemunhas presenciais (art. 245, §7º do CPP). O Superior Tribunal de Justiça entende a ausência da formalização do documento como mera irregularidade, que não tem o condão de causar nulidade da prova colhida.¹⁸⁹

<i>Modo de cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar</i>
- Cumprimento durante o dia (podendo se estender após às 18hs ou crepúsculo) e sem interrupção - Discrção - Não obrigatoriedade da participação de advogado - Leitura do mandado e identificação dos policiais - Abertura da porta e entrega do objeto de forma voluntária, ou arrombamento da porta para entrada e uso da força contra coisas para descobrimento do que se procura - Varredura dos locais pertinentes sem desvio de finalidade - Busca pessoal - Agilidade - Uso proporcional da força e uso excepcional de algemas - Preservação da cadeia de custódia - Lavratura de auto circunstanciado com assinatura de 2 testemunhas presenciais

7.12. Barreiras ao cumprimento do mandado

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

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

Ainda que o art. 245, §2º do CPP mencione apenas o arrombamento da porta para forçar a entrada, é certo que a legislação processual penal admite a analogia e a interpretação extensiva (art. 3º do CPP). Afinal, não faria sentido nenhum o policial poder arrombar a porta mas não ter a possibilidade de cortar uma

¹⁸⁹ STJ, HC 306.560, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18/08/2015.

cerca elétrica, quebrar parte de um muro ou abater um animal bravo, medidas proporcionais no contexto do estrito cumprimento do dever legal.¹⁹⁰ Segue-se a sistemática geral do ordenamento jurídico segundo a qual o uso da força é a *ultima ratio*, só devendo ser empregada quando não houver outra possibilidade de entrada no local. Nada obsta que a equipe policial acione um chaveiro para abrir a porta, evitando o arrombamento, se entender que a diligência é de baixo risco e não houver perigo de ocultação ou destruição de bens.

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

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

Já se a desobediência do investigado consiste na não abertura da porta durante a noite o fato é atípico em razão da vedação do ingresso na casa durante a noite mesmo que por ordem judicial (art. 5º, XI da CF).¹⁹¹ Se o alvo não abrir a porta durante dia, ciente do mandado judicial, responde por desobediência (art. 330 do CP) ou resistência (art. 329 do CP). A autorização para arrombamento da porta e a entrada forçada no interior do domicílio não configura sanção civil ou administrativa que afastaria o crime de desobediência, mas procedimento de urgência para se possibilitar o cumprimento da medida.¹⁹²

Quanto à terceira pessoa que não atende ao comando, seja de abrir a porta ou de entregar o objeto buscado, auxiliando o criminoso a tornar seguro o proveito ou produto do delito, não há que se falar em *nemo tenetur se detegere*, e por isso responde por favorecimento real (art. 349 do CP), estando sujeito ao favorecimento pessoal (art. 348 do CP) caso se trate de instrumento do crime, ficando livre da responsabilidade penal se o objeto for referente a contravenção penal¹⁹³ ou se o desatendimento à ordem ocorrer apenas durante a noite.

190 COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 177.

191 STF, RE 460.880, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28/02/2008.

192 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 716; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 383.

193 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 3. São Paulo: Método, 2014, p. 892.

<i>Não entrega da coisa procurada</i>		
	Investigado	Terceira Pessoa
Durante o dia	Fato atípico (inexigibilidade de autoincriminação)	Favorecimento real ou pessoal (arts. 349 e 348 do CP) OBS: fato atípico no caso de proveito, produto ou instrumento de contravenção penal
Durante a noite	Fato atípico (inviolabilidade da casa durante a noite por mandado)	Fato atípico (inviolabilidade da casa durante a noite por mandado)

<i>Não autorização para ingresso na casa</i>		
	Investigado	Terceira Pessoa
Durante o dia	Desobediência (art. 330 do CP) ou resistência (art. 329 do CP).	Favorecimento real ou pessoal (arts. 349 e 348 do CP) OBS: fato atípico no caso de proveito, produto ou instrumento de contravenção penal
Durante a noite	Fato atípico (inviolabilidade da casa durante a noite por mandado)	Fato atípico (inviolabilidade da casa durante a noite por mandado)

A ausência do morador não impede a imediata concretização da busca e apreensão domiciliar, não sendo preciso aguardar o surgimento do investigado. Fica autorizado o arrombamento da porta e o uso da força para viabilizar a descoberta da coisa (art. 245, §4º do CPP). Deve ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente, recomendando-se que o imóvel seja lacrado ao fim da medida.

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

7.13. Busca e apreensão e prisão

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

objeto que evidencie a materialidade de crime permanente, admite-se a custódia flagrancial.

Outra discussão relativa ao mandado de prisão e a inviolabilidade domiciliar se refere à legitimidade da incursão por parte dos agentes do estado em domicílio alheio para cumprimento de mandado de prisão. É necessário saber se o decreto prisional permite o ingresso na casa para realizar a custódia da pessoa.

De um lado, alguns sustentam que o mandado de prisão não autoriza, *de per si*, o ingresso em domicílio para efetuar a prisão, sendo preciso que conste expressamente na ordem judicial tal possibilidade. O art. 283, §2º do CPP exige que a prisão seja realizada com respeito às restrições relativa à inviolabilidade do domicílio, e o art. 243, §1º do CPP dispõe que se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. Tratando-se de 2 direitos fundamentais distintos, a saber, liberdade de locomoção e inviolabilidade do domicílio, é preciso fundamentação expressa em relação a cada um deles.¹⁹⁴

De outro lado, parcela dos estudiosos sustenta que é ínsito ao mandado de prisão a possibilidade de ingresso em residência, durante o dia, caso o alvo lá esteja escondido. Nunca se sabe se a pessoa a ser presa será encontrada em via pública ou se estará homiziada numa casa. Essa possibilidade decorre do próprio art. 293 do CPP, que autoriza a entrada forçada na casa para concretizar a prisão.¹⁹⁵ Nesse caso, a violação do domicílio consiste em *conditio sine qua non* para a realização da prisão. Apesar de a entrada na casa com a finalidade de prender o alvo não significar permissão para busca e apreensão no local, o fato é que a prova fortuitamente encontrada será válida, em razão da serendipidade.

7.14. Busca e apreensão e condução coercitiva

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

A condução coercitiva serve não só para realizar interrogatórios simultâneos (sem afastar o direito de permanecer em silêncio) a fim de impedir que diferentes investigados combinem versões com o intuito de burlar a Justiça, possibilitar o

194 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p.866;

195 COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014, p. 122.

reconhecimento pessoal e concretizar a identificação criminal, mas também para evitar a ocultação ou destruição de objetos durante busca e apreensão domiciliar.

Trata-se de medida cautelar híbrida, de natureza pessoal e probatória, que importa em certo grau de tolhimento da liberdade do indivíduo e volta-se teleologicamente à obtenção de algum elemento informativo ou probatório. Cuida-se de medida autônoma, uma vez que independe de prévia intimação do conduzido, e procura preservar a higidez das fontes de prova. Não afeta a inexigibilidade de autoincriminação, mas apenas materializa a teoria da perda de uma chance probatória, porquanto o Estado não pode se esquivar da incumbência de produzir material probatório sólido para demonstrar de forma robusta a materialidade e autoria delitivas.

Incide quando se vislumbra a necessidade de evitar um mal maior, pela possibilidade imediata de uma medida cautelar mais gravosa, a exemplo da prisão cautelar, aplicando-se em seu lugar outra medida com menor grau de coerção da liberdade de locomoção.¹⁹⁶

7.15. Cumprimento em comarca diversa e precatória

Ainda que a busca e apreensão tenha que ser realizada em local fora da comarca de atuação delegado de polícia, pode perfeitamente a representação ser feita perante o juízo local competente.

Quanto ao cumprimento do mandado, nada impede que a autoridade ou seus agentes executem a medida em território alheio, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta (art. 250 do CPP). Mesmo que o juiz, ao expedir o mandado de busca e apreensão, faça sua remessa à autoridade policial com circunscrição sobre o local de execução, o delegado que representou pela medida pode cumpri-la segundo convencionar com a outra autoridade de Polícia Judiciária.

Também é legítimo o ingresso em comarca alheia para efetuar diretamente a apreensão (e não a busca), quanto a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa. As hipóteses são as seguintes (art. 250, §1º do CPP): a) conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista; b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encalço.

Quando o Judiciário remeter o mandado de busca e apreensão domiciliar para a Polícia Judiciária cuja circunscrição abrange outra comarca, surge a

196 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Condução coercitiva é legítimo mecanismo da persecução penal. Revista Consultor Jurídico, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

dúvida sobre a necessidade ou não de carta precatória. Para alguns, exige-se carta precatória, em virtude da regra geral de cumprimento dos atos processuais fora de determinada competência territorial (art. 237, III do CPC c/c art. 3 do CPP). Todavia, prevalece a dispensabilidade da carta precatória. Quando o CPP quis exigir tal formalidade na fase investigativa, fez de forma expressa, tal como no mandado de prisão (art. 289), providência inclusive relativizada no caso de MP inserido no BNMP (art. 289-A, §1). E, mesmo que a lei processual demandasse a carta precatória, a falta dessa formalidade constitui mera irregularidade que não tem o condão de causar a nulidade da diligência, se atendidos os pressupostos de decretação da medida.¹⁹⁷

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÀVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AVENA, Norberto Cláudio Pàncaro. Processo penal esquematizado. São Paulo: Método, 2014.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. RHC 51.531 aborda a ponderação de valores pelo delegado de polícia. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-24/academia-policia-rhc-51531-aborda-ponderacao-valores-delegado-policia>>. Acesso em: 24 mai. 2016.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, 2004.
- BONATO, Gilson (Org.). Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343-36.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 263. out. 2014.
- CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques de. Manual prático de polícia judiciária. Salvador: Juspodivm, 2013.
- CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANTIN, Valter Foletto. Cidadão tem o direito de obter imagens de câmeras públicas de segurança. Revista Consultor Jurídico, out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-26/cidadao-direito-obter-imagens-cameras-publicas-seguranca>>. Acesso em: 26 out. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁹⁷ Conforme entendimento da Corte da Cidadania quanto ao cumprimento de mandado de prisão em outra comarca: STJ, HC 15.893, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 24/09/2001.

- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Interpretação do foro privilegiado atrapalha investigações policiais. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/academia-policia-interpretacao-foro-privilegiado-atrapalha-investigacao-policial>>. Acesso em: 17 mai. 2016.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais. Revista Consultor Jurídico, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Requisição de dados é imprescindível na busca do delegado pela verdade. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-02/academia-policia-poder-requisitorio-delegado-essencial-busca-verdade>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. Revista Consultor Jurídico, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: 14 jan. 2016.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Condução coercitiva é legítimo mecanismo da persecução penal. Revista Consultor Jurídico, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. Prática policial sistematizada. Niterói: Impetus, 2014.
- DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.
- FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques (Coord). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quarter Latin, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. In PIZOLIO, Reinaldo e GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coord.). Sigilo Fiscal e Bancário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade. Revista Duc In Altum - Caderno de Direito. v. 4. n. 6. jul-dez. 2012.

- GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (coord.) Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 14-22, jan./mar. 2007.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Revista do Advogado da AASP, n. 242, abr. 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury, Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 2. São Paulo: Método, 2014.
- MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 3. São Paulo: Método, 2014.
- MELLO, Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1986,.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.
- NICOLITT, André. Manual de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e de insuficiência. RBCCrim 47/92-93, ano 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2004.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1995.
- TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- HERNÁNDEZ, Ángel Gil. Intervenciones corporales y derechos fundamentales. Madrid: Colex, 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.
- PINTO, Ana Luísa. Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliares. Revista

- Portuguesa de Ciência Criminal, n. 3, ano 15, jul.-set. 2005.
- PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: RT, 2005.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Guia Compacto de Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. Delegado de polícia em ação. Salvador: Juspodivm, 2013.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de processo penal comentado. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

Capítulo II

MEDIDAS CAUTELARES ILEGAIS NA PERSECUÇÃO PENAL – O QUADRO PARANOICO¹⁹⁸ E O ORDENAMENTO DELIRANTE

*Eduardo de Camargo Loberto*¹⁹⁹

1. DA ILEGALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS A AGENTES ILEGÍTIMOS

Trata-se, nesse texto, das medidas cautelares para o processo penal (em especial o mandado de busca e apreensão) requeridas e cumpridas por quem não

198 “Quadro Mental Paranoico” é a expressão utilizada pela doutrina moderna, para se referir ao comportamento do juiz que adota, *ex officio*, **medidas probatórias** ou **restritivas de liberdade**. O que se quer dizer é que o juiz não pode sobrepor a hipótese ao fato. Não se pode admitir que o juiz saia por aí buscando motivos fáticos, para defender suas cogitações. É a vedação da figura do juiz inquisidor pelo Sistema Acusatório. Isso tanto se aplica a atos de investigação pelo magistrado (STF – HC 94.641, Rel. Min. Joaquim Barbosa), quanto a prisões de ofício (TJ/RS – HC 7001.6461.592, Rel. Des. Nereu Giacomolli) e, a nosso sentir, a mandados concedidos a personagens não legitimadas para atos de investigação (TJ/RJ – HC 2008.059.04669 e TJ/RS – HC 70047333448/2012). Sobre o tema **Quadro Mental Paranoico**, ver: CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Vol. I. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

199 Eduardo de Camargo Loberto. Delegado de Polícia de Minas Gerais. Especialista em Ciências Penais pelo Curso de Pós-Graduação Lato Sensu com Formação para Magistério Superior da Pós-Uniderp/MS. Graduado pela Faculdade de Direito da Unisal de Lorena/SP. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas – Fadileste (2011). Professor convidado para o módulo de Legislação Penal Especial do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da Unisal de Lorena/SP (2012). Professor de Legislação Penal Especial no Curso Especial de Formação de Sargentos da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais (2011). Autor de artigos jurídico-científicos. Expositor e Palestrante.

esteja imbuído da legitimidade exigida pelo ordenamento. Atualmente, inúmeros órgãos têm se arvorado a perseguidores investigativos criminais. Mesmo sem a investidura legal para atuação persecutória pré-processual, leva-se a cabo atos de investigação, eivando-os de ilegalidade.

Assim, em ilícita pertinácia, macula-se a apuração. Em muitas oportunidades, essas ilegalidades são auxiliadas, amparadas e instigadas por representantes de órgãos que deveriam, sobremaneira, dedicar-se a observância dos preceitos constitucionais. Não bastasse a insolência ilegítima dos pedidos levados à sede forense, encontra-se a impertinência dos deferimentos judiciais ilegais.

Por isso, é de se reverenciar a ideia de que, nos casos em que houver notícias de representação por mandados de busca e apreensão (ou por qualquer outra medida cautelar de caráter investigativo), por parte de órgão que não tenha atribuição para tanto, há que se providenciar a apuração e responsabilização. Porém, as consequências devem desfavorecer a todos aqueles que concorrerem para a perpetração do ilícito, sejam eles policiais militares, promotores, juízes ou outros mais. Há que se insurgir contra todos que atuaram no feito da medida, desde a representação ilegítima, passando pela manifestação favorável e condescendente até a expedição da ordem ilegal.

Assim, para qualquer consequência persecutória, deverão ser desconsiderados todos os elementos informativos de convicção oriundos da medida ilegal, ainda que dela decorram indiretamente (Teoria da prova ilícita por derivação ou Teoria dos frutos da árvore envenenada – *Theory of fruit of the poisonous tree*²⁰⁰). Não é outra a consequência abstraída do art. 5º, LVI, da CRFB/88: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Não há norma a amparar esses pleitos.

Como se nota, a CRFB/88 estabelece linhas claras de competência no âmbito da segurança e das apurações criminais. Nesse diapasão, como bem lembra Cabette, citando Gomes e Marques, “o ‘*nulla coatio sine lege*’ está para o processo penal como o ‘*nullum crimen sine lege*’ está para o direito penal”²⁰¹. Essa aptidão garantista alberga toda a cena estatal e encontra esteio nos axiomas²⁰² que o temperam.

E tais consequências de invalidade hão de se perfazer, principalmente, se, da medida cautelar pleiteada por pessoa não legitimada, decorrer captura e condução em flagrante. Portanto, os elementos informativos viciados devem

200 Sobre o assunto e outras teorias relacionadas com as provas no processo penal, ver: FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 720 e seguintes.

201 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada – medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 34.

202 Sobre os axiomas garantistas, ver: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, *passim*.

ser rechaçados desde a fase investigativa. É certo que a vedação da ilicitude dos meios de prova abrange todas as fases persecutórias. A gestão da prova, no processo *stricto sensu*, incumbe ao Juiz. Mas, na fase de apuração pré-processual de infrações comuns, essa função incumbe ao delegado de Polícia, e tão somente a ele.

Como foi dito, tem havido ofensas constantes às atribuições investigativas da Polícia Civil. Órgãos que não gozam da investidura do poder de apurar infrações penais têm se imiscuído em apurações criminais (nem entraremos no mérito da legitimidade do Ministério Público, não cabível, por ora, nessas linhas). E, em certas ocasiões, isso se dá com anuência ou condescendência de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Juízes e promotores devem inclinar-se a condição vocacional de tutela do ordenamento constitucional. Portanto, não é de se esperar, por parte dessas figuras, comportamentos desse jaez.

A CRFB/88 elenca as funções de cada órgão. No caso das polícias civis e militares, eis o teor:

Art. 144. [...] § 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, *as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*. § 5º - Às polícias militares cabem o policiamento *ostensivo* e a *preservação da ordem pública*; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, é incumbida a execução de atividades de defesa civil.

Ademais, a Lei 12.830/13 corrobora o que a CRFB/88 já comportava esculpido em seu bojo:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a *apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica*, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao *delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei*, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Assim, somente o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei são meios hábeis a se proceder a uma investigação criminal nesse Estado Constitucional. Conclui-se que somente o delegado de Polícia poderá presidir investigações, em crimes comuns, pela via do inquérito policial (art. 4º e seguintes do CPP), termo circunstanciado de ocorrência (art. 69 da Lei 9.099/95), verificação de procedência das informações – diligências preliminares (§3º do art. 5º do CPP) ou **diligências complementares** (art. 52, parágrafo único, da Lei 11.343/06). São esses os mecanismos legalmente previstos (repito, sem entrarmos no mérito da legitimidade do Ministério Público).

Uma delatio criminis apócrifa, por si só, ou expedientes investigativos levados a cabo por órgãos sem competência não têm o condão de ensejar consequências penais persecutórias imediatas em desfavor da pessoa. Não foi outro o entendimento adotado por cortes julgadoras no Brasil. A título de exemplo, elencam-se algumas.

O TJ/RJ seguiu essa corrente. Eis o trecho do relatório, da lavra do Desembargador Geraldo Prado²⁰³:

[...] Incompreensível contraste com as regras que: (1) não atribuem à polícia militar a condição de autoridade de polícia judiciária, nos crimes comuns, para representar por qualquer medida cautelar. [...] Neste contexto observa-se que da flagrante desobediência ao devido processo legal decorreu a ação da polícia militar, em invasão de atribuição, com apreensão de um projétil calibre .762, um saco plástico contendo erva seca picada, em estojo de pano contendo um comprimido de cor rosa, uma pedra de crack e dois tabletes de erva seca e prensada. *Prova ilícita que não deveria ter sido admitida caso a autoridade judiciária cumprisse sua função constitucional de tutela dos direitos fundamentais e preservação da ordem jurídica*²⁰⁴. (HC 2008.059.04669) (Grifo nosso).

O TJ/RS ratifica igualmente a norma ostentada pelo ordenamento constitucional. Nesse passo, não foi outro o entendimento acolhido pela Corte, em reverência ao voto do Desembargador Nereu José Giacomolli²⁰⁵:

Admitindo-se a possibilidade de a polícia militar praticar atos de investigação, também teríamos que admitir a mesma prática por qualquer outra autoridade, em *verdadeira distribuição de mandados judiciais com finalidade investigativa, desestruturando-se a organização do Estado Constitucional*.²⁰⁶ (HC 70047333448/2012) (Grifo nosso).

Vale ainda destacar o infausto acórdão proferido pelo STF (RE 404.593-1). Decidiu-se que o cumprimento de medida cautelar pela Polícia Militar só é admitida se perpetrado em caráter emergencial para fins de atuação de policiamento ostensivo. O próprio STF entende que esse cumprimento emergencial pela PM só deve ser admitido excepcionalmente, não deve ser a regra, haja vista a prelação de atuação da Polícia Civil nesses atos. Eis o teor da ementa:

203 **Desembargador do TJRJ. Autor de inúmeras obras, entre as quais: PRADO, Geraldo.** Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos – *a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

204 **Consulta feita em 25/07/2014. Disponível em** <http://www.asdep.com.br/juridico-detalle.php?cod=46>.

205 **Desembargador do TJRS. Autor e tradutor de inúmeras obras, entre as quais: ROXIN, Claus; GIACOMOLLI, Nereu José; CALLEGARI, André Luis.** A Proteção De Bens Jurídicos Como Função Do Direito Penal. Trad. Andre Luis Callegari e Nereu Jose Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

206 **Consulta feita em 25/07/2014. Disponível em:** <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-anula-processo-criminal.pdf>.

AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. *Cumprimento* pela Polícia Militar. Lícitude. Providencia de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do art. 144, §§ 42 e 52 da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar.

Contudo, interpretações como esta da Suprema Corte parecem se formar por inclinações preservacionistas de apego aos atos (ilegítimos) até então praticados. E, embora perpetrados por meios e métodos inidôneos, esses atos ofensivos a CRFB/88 acabam mantidos por força de elucubrações canhestras²⁰⁷. Esquece-se, com isso, que num Estado que se intitule constitucional e democrático, os meios justificam os fins, e não o contrário. A velha ideia de se legitimarem os meios pela nobreza dos fins a que se busca (*Cum finis est licitus, etiam media sunt licita*) não encontra amparo na nossa episteme jurídica.

Admitir representação ou cumprimento de medida cautelar pela Polícia Militar, por exemplo, sob a argumentação de que se legitimaria para fim de albergar ato de policiamento ostensivo, é uma contradição em seus próprios termos. Pois, se o policiamento militar é ostensivo e serve para preservação da ordem pública, ao se deparar com a prática evidente de infração penal, deve o policial ostensivo promover a captura e condução do infrator à presença do delegado de Polícia. Nesse rumo, em havendo notícias ruidosas, pueris, incertas acerca de práticas criminosas, deve o policial ostensivo comunicar o órgão da Polícia Civil, para que se tomem as devidas diligências de apuração. É esse o meio adequado.

A autoridade pública (juiz, promotor ou delegado de Polícia), investida em parcela relevante do poder persecutório, não deve nutrir afeição por atos eivados de ilegalidade. Deve refutá-los, ainda que a desqualificação desses atos tenha por consequência o reconhecimento de que houve dispêndios inúteis por parte de atores ilegítimos.

Os resultados desses atos devem ser desconstituídos. Pois, para que um ato jurídico se perfaça a ponto de que suas consequências (ex: prisão) se mantenham juridicamente autênticas e válidas ao longo do tempo, a observância dos preceitos normativos vigentes é imperiosa. Conclui-se que os atores da perseguição devem atuar em conformidade com o ordenamento normativo constitucional, humanista e legal. Nesse sentido, há que se deliberar conforme se expôs.

207 Para essa conclusão, ver: PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos – *a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

2. DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Nessa vereda, é necessário pontuar que não resta apenas a ilegalidade do ato e nulidade de seus efeitos. **Ao representar pela expedição de mandados de medidas cautelares de investigação**, a rigor, haveria, por parte do agente sem atribuição investigativa criminal, incursão nas elementares típicas do art. 328 do CP.

Nem é de se inferir que o Capítulo II, no qual se insere esse verbete, leve a deduzir que o tipo se aplique apenas aos particulares: Dos Crimes Praticados *Por Particular* Contra A Administração Em Geral (grifo nosso). Isso porque, o agente público, quando atua fora de suas atribuições legais, o faz como se particular fosse. O sujeito passivo é a Administração Pública, conforme o Título IX do CP.

Todavia, **no momento em que cumpre²⁰⁸ a medida cautelar pela qual representou ilegalmente e pela qual não possui atribuição para o cumprimento**, o agente incompetente não perfaz simples ato de exaurimento a título de mero post factum impunível. É dizer, incorre também em crime de abuso de autoridade, nos termos da Lei 4.898/65. Para tanto, considera-se, sobretudo, o sujeito passivo que, a partir daí, não é apenas a Administração Pública. Os administrados tornam-se vítimas diretas, vez que se veem ofendidos seus bens jurídicos penalmente tutelados. Está-se que distinção entre os titulares dos bens jurídicos obsta, nesses casos, a absorção de um crime pelo outro.

Nessa esteira, infere-se que, em havendo anuência do Ministério Público e do Juízo, seus membros também devem ser responsabilizados. Ambos têm o dever jurídico de evitar o resultado (art. 13, §2º, CP). No caso de concessão de mais de uma medida cautelar a agentes que não estejam investidos nessa atribuição e havendo concurso de pessoas em tais ilegalidades, há que se cogitar, obviamente, de incursão em crime previsto no art. 288 do CP: **Associação Criminosa** – Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Nessa linha, em relação aos atos praticados pelos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, diante das respectivas garantias, as providências são diferentes. Deverão ser comunicados os seguintes órgãos: a) Conselho Nacional de Justiça (CNJ), b) Presidente do Tribunal de Justiça, c) Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), d) Procurador-Geral de Justiça, e) as respectivas corregedorias.

208 **STF (RE 404.593-1). Ementa:** AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providencia de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do art. 144, §§ 42 e 52 da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento demandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar.

Como se sabe, a apuração de infrações penais praticadas por membros do ministério Público e do Judiciário, no exercício de suas funções, incumbe a suas próprias instituições. É vedado, ademais, o indiciamento de membros do Parquet e da magistratura. Suas prisões, para atos referentes ao exercício de seus misteres, só são cabíveis em caso de crimes inafiançáveis. Destarte, observar-se-ão os preceitos da LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), Lei 8.625/93 (Lei Nacional do MP), LC 75/93 (Estatuto do MP da União).

As autoridades públicas têm o dever de observância e reverência aos preceitos constitucionais, convencionais e legais. Não podem tanger-se por afoitezas e açodamentos estranhos ao ordenamento. Nem tampouco é lícito a elas inclinarem-se às expectativas de justicamentos capengas, tendo, como pretextos, seus gambiarrismos de urgência. Cabe ao Estado guarnecer seus órgãos, a fim de que cumpram seus misteres, e sem intromissões paranoides.

É isso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403 Comentada – medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013
- CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. Vol. I. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.
- FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 720 e seguintes.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PEREIRA, Jeferson Botelho. Tráfico e Uso Ilícitos de Drogas: atividade sindical complexa e ameaça transnacional. São Paulo: JH MIZUNO, 2012.
- PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos – a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ROXIN, Claus; GIACOMOLLI, Nereu José; CALLEGARI, André Luis. A Proteção De Bens Jurídicos Como Função Do Direito Penal. Trad. Andre Luis Callegari e Nereu Jose Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Capítulo III

O DELEGADO DE POLÍCIA E A PROTEÇÃO DOMICILIAR:

“O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças das Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”. Lord Chatham no parlamento inglês.

Sérgio Luis Lamas Moreira e Carlos Eduardo Lamas Moreira²⁰⁹

1. INTRODUÇÃO:

A importância do domicílio para o ser humano resultou na preeminência de sua proteção como destacaremos a seguir.

Nossa Constituição Cidadã²¹⁰ protege o domicílio em diversos ângulos, como Artigo 5º, X, XI, XXVI, Artigo 6º. Verifica-se, em especial, que o domicílio é visto como prolongamento do ser humano, e, portanto, sua tutela protege diretamente a pessoa enquanto indivíduo sua privacidade, seus segredos, autonomia e liberdade, além da proteção enquanto abrigo.

Afirma o professor José Afonso da Silva²¹¹:

A Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que

209 MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas, pós graduando em Direito Constitucional pelo Centro de Ensino Renato Saraiva/Estácio de Sá, bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora e em Administração e Marketing pela Faculdade Estácio de Sá em Juiz de Fora

MOREIRA, Sérgio Luis Lamas, pós graduando em Direito Constitucional pelo Centro de Ensino Renato Saraiva/Estácio de Sá, graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora e Delegado de Polícia em Minas Gerais.

210 Ulisses Guimarães.

211 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiro, 2002.

terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. (...) “ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada (...) o objeto da tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privada e íntima é aspecto saliente”.

A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776²¹² em seu Artigo 12 previa sua proteção:

Todas as ordens de prisão são vexatórias e opressivas se forem expedidas sem provas suficientes e se a ordem ou requisição nelas transmitidas a um oficial ou a um mensageiro do Estado, para efetuar buscas em lugares suspeitos, deter uma ou várias pessoas, ou tomar seus bens, não contiver uma indicação e uma descrição especiais dos lugares, das pessoas ou das coisas que dela forem objeto; semelhantes ordens jamais devem ser concedidas.

A quarta Emenda da Constituição Americana que entrou em vigor em 15 de dezembro de 1791 estabelece²¹³:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Ensina Ingo Wolfgang Scarlet²¹⁴:

A primeira Constituição da França, de 1791, já contemplava uma prescrição de acordo com a qual as forças militares e policiais apenas poderiam adentrar na casa de algum cidadão mediante ordem expedida pela autoridade civil competente (Título Primeiro). A certidão de nascimento de uma expressa garantia da inviolabilidade do domicílio, tal como difundida pelas constituições da atualidade, teria sido passada pela Constituição belga de 1831, que, no seu art. 10, solenemente declarava que “le domicile est inviolable”¹, muito embora, ainda que sem referência ao termo domicílio, tal proteção já tenha sido prevista na Carta Imperial brasileira de 1824, onde se falava na casa como asilo inviolável do indivíduo.

2. DOCUMENTOS INTERNACIONAIS:

O Artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é

212 <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>

213 http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml#eme_4

214 A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E SEUS LIMITES: O CASO DO FLAGRANTE DELITO

um marco na história dos direitos humanos, elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, traduzida para mais de 360 idiomas, estabelece²¹⁵:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

A convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950 foi assinada em Roma constitui um marco na evolução do Direito Internacional, estabelece²¹⁶:

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

O Artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, disciplina a proteção domiciliar²¹⁷:

§1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

§2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 prevê²¹⁸:

Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

215 http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

216 <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

217 <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>

218 http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf

Importante alertar que os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos quando ingressam no Direito brasileiro seguindo a forma da Emenda Constitucional tem essa natureza. Quando não cumprem essa forma, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal diverge entre o Ministro Celso de Mello HC 87.585-TO, seja em relação aos tratados aprovados com quorum qualificado, seja em relação aos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil antes da EC 45/2004 e o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que dá a natureza de norma supralegal voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP.

3. CONSTITUIÇÕES DE OUTROS PAÍSES:

A Constituição Alemã (Lei Fundamental) de 1949 garante a proteção do domicílio²¹⁹ nos Artigos 10 e 13:

[Sigilo da correspondência, da comunicação postal e da telecomunicação]

(1) O sigilo da correspondência, assim como das comunicações postais e da telecomunicação é inviolável.

(2) Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo.

Artigo 13

[Inviolabilidade do domicílio]

(1) O domicílio é inviolável.

(2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada.

(3) Quando determinados fatos justifi cam a suspeita que alguém tenha cometido um delito, determinado de forma específica pela lei como delito especialmente grave, poderão ser utilizados, com base numa autorização judicial, recursos técnicos de vigilância acústica das residências onde se encontra presumivelmente o suspeito, caso a investigação dos fatos se torne, de outra forma, desproporcionalmente difícil ou sem perspectiva de êxito. A medida tem de ter duração limitada. A autorização deve ser expedida por uma junta de três juízes. Se a demora implicar em perigo iminente, a medida poderá ser autorizada por um único juiz.

(4) Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, em especial um perigo para a comunidade ou a vida, os recursos técnicos de vigilância de residências só poderão ser empregados com base numa autorização judicial. Se a demora implicar em perigo iminente, a medida poderá ser autorizada por outro órgão determinado pela lei; uma autorização judicial deve ser requerida sem demora.

(5) Se os recursos técnicos estão previstos exclusivamente para a proteção de pessoas

219 http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf

que participam da investigação nas residências, a medida pode ser ordenada por um órgão determinado por lei. Uma utilização com outra finalidade dos conhecimentos adquiridos em tal ação só será permitida se servir à persecução penal ou à prevenção de perigo e somente se a legalidade da medida for verificada previamente por um juiz; se a demora implicar em perigo iminente, a autorização judicial deve ser solicitada sem demora.

(6) O Governo Federal apresenta anualmente um relatório ao Parlamento Federal sobre a utilização de recursos técnicos realizada com base no §3, assim como no âmbito da competência da Federação, segundo o §4 e, à medida em que se exija controle judicial, segundo o §5. Uma comissão nomeada pelo Parlamento Federal exerce o controle parlamentar com base nesse relatório. Os Estados asseguram um controle parlamentar equivalente.

(7) De resto, só podem ser praticadas intervenções ou restrições que afetem esta inviolabilidade na defesa contra perigo comum ou perigo de vida individual; em virtude de lei, tais medidas também podem ser praticadas com o fim de prevenir perigos iminentes para a segurança e a ordem públicas, especialmente para sanar a escassez de moradias, combater ameaças de epidemia ou proteger jovens em perigo.

No mesmo sentido a Constituição Italiana²²⁰ de 1947 em seu Artigo 14 afirma:

O domicilio é inviolável. Nele não podem ser efectuadas inspecções ou perseguições ou sequestros, salvo nos casos e formas estabelecidos por lei, segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal. As averiguações e inspecções por motivos de saúde e de incolumidade pública ou para fins econômicos e fiscais são regulamentadas por leis especiais.

A Constituição da Espanha²²¹ de 1978 tutela o domicílio em seu Artigo 18:

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

220 [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)

221 <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

Constituição de Portugal²²² de 1976 protege o domicílio em seu Artigo 34:

Artigo 34º

(Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.
2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.
3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de stupefacientes, nos termos previstos na lei.
4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Constituição Argentina²²³ de 1994 estabelece a proteção domiciliar em seu Artigo 18:

Artículo 18º.- Ningun habitante de la Nacion puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable como tambien la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en que casos y con que justificativos podra procederse a su allanamiento y ocupacion. Quedan abolidos para

siempre la pena de muerte por causas politicas, toda especie de tormento y los azotes. Las carceles de la Nacion seran sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaucion conduzca a mortificarlos mas alla de lo que aquella exija, hara responsable al juez que la autorice.

4. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL:

A primeira Constituição brasileira de 1824²²⁴ protege o domicílio no Artigo 179, inciso IV:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

222 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art34>

223 <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>

224 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

A primeira Constituição Republicana do Brasil de 1891²²⁵

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescriptos na lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

A Constituição de 1934 em seu Artigo 113, 16) estabelece²²⁶:

CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Fim da conversa no bate-papo

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

A Constituição de 1937 conhecida por polaca também previa a tutela do domicílio em seu Artigo 122, 6º)²²⁷:

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

A Constituição de 1946 restabelece a importância da proteção domiciliar²²⁸

CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

225 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm

226 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

227 Suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm

228 (Vide Lei nº 2.654, de 1955) (Vide Lei nº 2.682, de 1955) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm

A Constituição de 1967²²⁹ foi outorgada, elaborada pelo Congresso Nacional que o Ato Institucional nº 4 atribuiu função de Poder Constituinte Originário, em seu Artigo 150, §10 tutela o domicílio:

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10 - 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 de 1969²³⁰ para muitos não passa de uma Emenda Constitucional nº 1, foi alteração da Constituição de 1967 feita pela Junta Governativa Provisória que assumiu o poder no Brasil. Estabelece a inviolabilidade domiciliar em seu Artigo 153, §3º:

CAPÍTULO IV

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10. 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 da República Federativa do Brasil de 1988²³¹ em seu Artigo 5º, X, XI estabelece a proteção domiciliar:

229 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

230 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm

231 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompiladoconstituicaocompilado.htm Afonso da Silva considera que a Constituição de 1988 foi o melhor que sua geração pôde fazer pelo Brasil. “Nós ficamos devendo à essa geração um país melhor mas deixamos alguma coisa que pode ajudar”, completa. Lembrou que, até 1985, o Brasil viveu praticamente sob ditaduras. Após a independência (1822), foi império, depois passou a ser república (1889), mas sempre sob o poder de oligarquias, chega aos governos de Getúlio Vargas (1930- 1945; 1951- 1954), e depois à Ditadura Militar (1964-1985). “Então estamos deixando [com a Constituição Federal] alguma coisa para as próximas gerações que é um sistema constitucional razoável, estabelecido, que pode ajudar a reconstruírem esse país. <http://jornalgggn.com.br/noticia/os-90-anos-de-jose-afonso-da-silva>

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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;

5. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS:

O Código Penal, que para Franz Von Liszt²³² é ‘a carta magna do delinquente’, em seu Artigo 150²³³ dispõe sobre o crime de violação de domicílio:

SEÇÃO II

DOS CRIMES CONTRA A INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

Violação de domicílio

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

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

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

§ 5º - Não se compreendem na expressão “casa”:

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

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

232 Também afirmou ser ‘o Direito Penal barreira infranqueável da política criminal’ http://www.clubjus.com.br/?colunas&colunista=448_&ver=338

233 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm

O Código de Processo Penal²³⁴ que no dizer da professora Ada Pellegrini é instrumento de garantia do acusado,²³⁵ em seus Artigos 245, 246, 248, 283 e 293 tutelam o domicílio:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

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

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

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

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as

234 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689del3689.htm

235 Ada Pellegrini Grinover, “o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de perseguição do réu. O processo penal se faz também – e até primordialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à perseguição criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.” *Liberdades Públicas e Processo Penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito.

O novo Código Civil²³⁶ tutela o Domicílio do Artigo 70 ao 78:

TÍTULO III

Do Domicílio

Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.

6. CASUÍSTICAS:

A. Decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 127.457 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616:

Em data recente o Supremo Tribunal Federal julgando o Habeas Corpus 127457 e o RE 603.616 decidiu que em caso de crime permanente é possível o ingresso no domicílio alheio sem autorização judicial.

O Procurador de Justiça baiano Rômulo criticou muito essa decisão²³⁷:

²³⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406110406.htm

²³⁷ <http://emporiiododireito.com.br/o-crime-permanente-e-a-inviolabilidade-do-domicilio-por-romulo-de-andrade-moreira/>

Com efeito, diz a Constituição (ou será que esta cláusula pétrea foi revogada – em tempos de PEC da Bengala e redução da maioria penal, tudo é possível) que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Ademais, dispõe serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”.

Ambas as cláusulas constitucionais foram solenemente ignoradas pela Corte Constitucional, dando, doravante, uma “carta branca” para que os Tribunais de Justiça e os Regionais Federais coadunem-se com esta cotidiana prática policial ilegal. Desanimador!

No mesmo sentido, o ensinamento de Gisela Aguiar Wanderley²³⁸:

Diante desse contexto, há que se notar que a orientação apresentada pelo STF no julgamento em tela representa reduzido potencial de alterar as práticas policiais no cenário nacional, pois ela própria fornece poucos critérios e parâmetros para que o controle judicial de legalidade da busca domiciliar seja seguro e efetivo e garanta a excepcionalidade da entrada forçada em domicílio.

Ingo Sarlet²³⁹ faz distinção entre o crime permanente e o estado de flagrância:

“(…) a mera informação, de que o réu é traficante, situa-se na esfera das suposições. Da mesma forma, dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio. Diversamente, a situação de flagrante, mesmo de um crime permanente, é dinâmica, e demanda, para sua mínima caracterização, amparo em fatos concretos e atuais, que hão de ser, ao menos, passíveis de exteriorização e individuação”.

B. Ingresso em residência e denúncias anônimas:

Com relação a denúncias anônimas para justificar o ingresso em residência o Juiz de Direito Marcos Peixoto da 37ª Vara Criminal da comarca da Capital, no Rio de Janeiro, rejeitou a denúncia formulada pelo Ministério Público baseada em denúncia anônima e invasão de domicílio. Afirma²⁴⁰:

Cabe salientar: no momento em que adentraram na residência (ressalte-se mais uma vez: sem autorização judicial ou dos moradores/habitantes/ocupantes) os policiais militares não tinham ciência de que lá estaria sendo praticado algum delito, em situação de flagrância, somente constatando isto a posteriori, inexistindo, pois,

238 <http://emporiiodireito.com.br/stf-ratifica-fragilizacao-da-inviolabilidade-domiciliar-por-gisela-aguiar-wanderley/>

239 SARLET, Ingo Wolfgang, Decisão do STF sobre violação do domicílio indica posição prudencial, em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/direitos-fundamentais-decisao-stf-violacao-domicilio-indica-posicao-prudencial>, consultado aos 16 de novembro de 2015.

240 <http://emporiiodireito.com.br/juiz-rejeita-acusacao-denuncia-anonima-nao-configura-fundadas-razoes-para-a-vulneracao-da-inviolabilidade-de-domicilio/>

naquele momento inicial, qualquer “fundada razão” (parágrafo 1º do artigo 240 do Código de Processo Penal) para legitimar uma busca domiciliar – já que não o é, por óbvio, uma denúncia anônima.

Portanto, para agirem regularmente, que deveriam ter feito os policiais? Cercar a residência apresentando o fato à autoridade policial para que esta, após a oitiva dos policiais, representasse pela expedição de mandado de busca e apreensão na casa onde estava o indiciado, a ser cumprido fora do horário noturno, após a oitiva do Ministério Público e o eventual deferimento por magistrado competente. Ou ainda: deflagrar, a partir de então, investigações prévias visando apurar entrada e saída de pessoas ou drogas do local, para então dispor de justa causa para o flagrante.

Assim se agiria num verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a observância das normas constitucionais e legais aplicáveis, onde não imperasse – como no nosso – a cultura do Estado autoritário, ditatorial, do “pé na porta”, que pode “legitimamente” invadir domicílios como se fosse algo absolutamente normal, sobretudo legal – mesmo que lamentavelmente usual, corriqueiro em comunidades de baixa renda, posto que impraticável e incogitável, por exemplo, em residências de Ipanema ou Leblon.

Ora, é absolutamente inconcebível que o Estado compactue com tais práticas – ou, em última análise, o faça o Poder Judiciário.

A Constituição Federal – por mais incrível que possa parecer a alguns – não é válida somente na Zona Sul da Cidade do Rio de Janeiro. Também vigora na comunidade do Salgueiro o ditame contido na alínea XI do artigo 5º da Carta Maior. (...)

Uma simples denúncia anônima não configura fundadas razões para a vulneração da inviolabilidade de domicílio. Do contrário, estará definitivamente instaurada a chancela judicial ao arbítrio policial – e o último a sair que apague a luz!

Rosivaldo Toscano Jr²⁴¹ cita decisão do STF nesse tema:

Em relação à denúncia anônima, além do caso recente julgado pelo STF e referido acima, disse o Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em 2015:

“(...) A jurisprudência do STF é unânime em repudiar a notícia-crime veiculada por meio de denúncia anônima, considerando que ela não é meio hábil para sustentar, por si só, a instauração de inquérito policial. No entanto, a informação apócrifa não inibe e nem prejudica a prévia coleta de elementos de informação dos fatos delituosos (STF, Inquérito 1957-PR) com vistas a apurar a veracidade dos dados nela contidos.” Se a denúncia anônima não autoriza sequer a instauração de inquérito policial, que dizer da violação de domicílio e da busca e apreensão em um lar. Aproveitamos para trazer à questão outro julgado do STF e fazer o distinguishing, uma vez que se tornou costume por estas bandas tirar conclusões sobre um julgado com base somente na ementa. Um julgado não se conhece só pela ementa como não se pode ler um livro pela orelha.

Para esclarecer definitivamente cito manifestação da Corte Constitucional quando do julgamento do Inquérito 1957/PR.

Cezar Peluso ensina: O que não pode é ser autuada como documento lícito capaz de, ao

241 <http://emporiadodireito.com.br/denuncia-anonima-violacao-do-lar-e-busca-e-apreensao-existe-causa-justa-sem-justa-causa-por-rosivaldo-toscano-jr/>

gerar consequências jurídicas, dar origem a um procedimento formal de investigação. Isto é, abrir-se inquérito com base em carta anônima. Isso não é possível. (...) “abrir inquérito baseado em carta anônima é dar valor jurídico a um objeto que nem documento pode ser considerado e que a ordem jurídica define como desvalor. (...) o anonimato é um desvalor jurídico e, como tal, não pode ser considerado para nenhum efeito.”.

Celso de Mello, no mesmo julgamento: O veto constitucional ao anonimato, nos termos em que enunciado (CF, art. 5º, IV, “in fine”), busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas, pois, ao exigir-se a identificação de seu autor, visa-se, em última análise, com tal medida, a possibilitar que eventuais excessos derivados de tal prática sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil quanto no âmbito penal, em ordem a submeter aquele que os cometeu às consequências jurídicas de seu comportamento. Essa cláusula de vedação - que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento.

C. A proteção domiciliar no Direito Americano:

Com relação às buscas domiciliares realizadas sem mandado à luz do Direito americano, Thiago Baldani esclarece²⁴²:

Nos EUA, diferentemente do Brasil, por força da 4ª emenda, a necessidade de mandados judiciais não se verifica apenas nas buscas domiciliares, mas sempre que existir uma “expectativa legítima de privacidade”. Com base nesse fundamento, a Suprema Corte já decidiu que buscas efetuadas em uma mala de mão de um passageiro de um ônibus devem ser precedidas de mandado judicial.

Ainda segundo a Suprema Corte, as provas obtidas ilegitimamente, em violação à 4ª emenda, não podem ser usadas em processos criminais. Trata-se da conhecida *exclusionary rule*, forjada durante a Corte de Warren e duramente criticada nos EUA, porque dá margem à impunidade. Seus defensores, contudo, veem nela um efeito pedagógico, argumentando ser instrumento valioso para coibir práticas policiais abusivas.

Em alguns casos, ainda que presente essa expectativa de privacidade, as buscas e apreensões independem de mandados judiciais. Basicamente, isto ocorre em duas situações, que deram margem às duas doutrinas já mencionadas: (1) teoria da visão aparente (*plain view doctrine*); e (2) teoria da visão aberta (*open view doctrine*). No primeiro caso, os agentes já estão munidos de mandados judiciais, ou mesmo realizam alguma busca que independem de mandado e, no curso dessa diligência, visualizam algo aparentemente ilícito, que esteja à mostra. Por exemplo, policiais obtêm mandado de busca domiciliar para a apreensão de bens que possam ser produto de furto. Ao ingressarem à residência, visualizam entorpecentes sobre a mesa. A teoria do *plain view* confere licitude a essa apreensão.

Por outro lado, de acordo com a teoria do *open view*, pode haver a busca e apreensão independentemente de mandado quando agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoos de céu aberto etc.). Seu fundamento

242 <http://emporiadodireito.com.br/buscas-domiciliares-sem-mandado-consideracoes-a-luz-do-direito-dos-eua-por-thiago-baldani-gomes-de-filippo/>

reside na premissa de que a proteção da 4ª emenda não obriga que agentes públicos tapem seus olhos diante do cometimento de infrações. Por exemplo, em via pública, policiais enxergam certo morador entregar aparentemente drogas para certo usuário e decidem agir, adentrando a residência do suposto traficante.

D. Ingresso no domicílio com autorização do morador:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA DOMICILIAR FUNDADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE MANDADO. PROVA ILÍCITA²⁴³.

Inviolabilidade do domicílio. Não restou demonstrada a situação de flagrante delito apta a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Havendo suspeita da prática de delito em algum domicílio/residência é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. A lei não permite atalhos, nesse caso e, somente no caso de haver certeza da prática de ilícito penal é que fica autorizada a exceção do inciso XI do art. 5º da Constituição. A casa, como ASILO INVIOLÁVEL do indivíduo, implica a necessidade do prévio mandado de busca e apreensão, caso contrário a residência/domicílio não seria ASILO.

No caso, o ingresso na residência do réu se deu em razão de informação prestada por anônimo (s), não sendo caso de configuração de flagrante delito apto a justificar a exceção da norma fundamental. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição do acusado por ausência de provas da existência do fato.

A anuência eventual do morador/acusado feita a policiais militares não se conforma à anuência/consentimento previsto no art. 5º XI, da Constituição. Aquela anuência/consentimento não há de ter sentido a agentes do Estado, mas, sim a terceiros, pessoas sem qualquer representação do Estado. Estes sim somente podem ingressar no domicílio alheio com anuência. Os agentes do Estado, entretanto, devem seguir os parâmetros legais e Constitucionais, pois agem segundo o princípio da legalidade. Nesses termos, devem investigar acusações anônimas e, depois, obterem o mandado judicial para tanto. Não podem, simplesmente, dirigir-se às casas dos cidadãos, alheios aos comandos legais e constitucionais. O flagrante delito que autoriza o ingresso deve ser indubitado, certo, existente e previamente constatado, mediante gritos ouvidos de pessoas que estão sofrendo violações, ou visualizações feitas, ou, em outros casos, pela identificação de pessoas do exterior que relatam, por escrito, a prática de delito no interior da casa, naquele exato momento. Qualquer coisa em sentido contrário demanda a necessária investigação e obtenção de mandado de busca e apreensão. Atalhos tornam-se ilícitos e, em decorrência, ilícita a prova.

Neste sentido cito na doutrina Alexandre Moraes da Rosa²⁴⁴:

243 <http://emporiadodireito.com.br/consentimento-do-morador-nao-autoriza-entrada-de-policiais-em-residencia/>

244 Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. <http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar>

E quando o conduzido (já preso) autoriza ou seus familiares autorizam?

Claro que o argumento seguinte é: mas o proprietário autorizou a entrada. Será que alguém acredita, mesmo, que o conduzido autorizou? Não há verossimilhança, ainda mais com o constante acolhimento jurisdicional dessa prática, mormente em se tratando de crime permanente, como de tráfico. A prevalecer essa lógica, a garantia do cidadão resta fenecida²⁴⁵.

A Corte Suprema Espanhola possui julgado que pode nos servir de inspiração, como já indicou Diogo Fernandes. No julgamento do recurso 11277/2012 (STS 4761/2013), relatado pelo ministro Juan Gomez de La Torre, restou consignado que a proteção constitucional ao domicílio e concretiza pela própria proteção à inviolabilidade enquanto âmbito de privacidade, pela qual o sujeito é isento e imune a qualquer tipo de invasão de outras pessoas ou autoridades públicas e, decorrência da primeira, a impossibilidade de se adentrar salvo nos casos de flagrante, concordância expressa do titular ou decisão judicial (STC 22/1984), as quais possuem caráter taxativo (SSTC 136/2000).

Especificamente sobre o consentimento do interessado a Suprema Corte Espanhola emitiu diversos julgados (SSTS 1803/2002, 261/2006, 951/2007) reafirmando a necessidade do preenchimento de requisitos para que a manifestação da vontade seja considerada válida, desprovida de pressão psicológica que impeça de exercer seus direitos constitucionais. Em decorrência dos diversos julgados (SSTS 1803/2002, 261/2006 e 922/2010), os requisitos, tendo em vista a normativa brasileira, são os seguintes:

- a) Outorga por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos.
- b) Outorga consciente e livre, a qual requer: b1) que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) que se o consentimento for de pessoa que estiver presa/conduzida, não pode

ilegalidades-flagrantes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter

- 245 TÓRRES, Ana Maria Campos. A busca e apreensão e o devido processo. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-154: “Ora, sabendo que alguém tem em depósito drogas, vende droga, ou outras situações de permanência é que pode, conforme a Constituição, penetrar em domicílio sem o consentimento do morador. Sabe, logo tem indícios que permitam solicitar ao juiz o mandado, imprescindível contra o abuso. Não basta a mera desconfiança, pois corre o risco de responder por descumprimento da lei, logo, impossível considerar válida a apreensão nesses casos, sem ordem judicial. Seria, como o é de fato, fazer vista grossa aos abusos policiais (...) Como entender urgente o que se protraí no tempo? É possível, graças à presença diuturna do judiciário guardião da lei, requerer e ser atendido em pouco tempo, o direito constitucionalmente previsto de entrar em domicílio. A facilidade do arguir-se urgência é forma espúria de desconhecer direitos, é subterfúgio para o exercício de força, é descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado. Impossível legalizar o ilícito. Deve, nestes crimes chamados permanentes, especificamente por durarem, não se reconhecer a urgência do flagrante próprio, pois nem se evita sua consumação, nem se impede maiores consequências, e, sobretudo, arrisca-se sequer determinar a autoria, interesse maior nesses casos. O argumento de urgência deve fundamentar pedido à autoridade judiciária, inclusive, modos legais de realização. Nada impede o respeito à intimidade nessa hipótese. (...) No caso do flagrante em crime permanente, vê-se com muita frequência não só o descumprimento da lei, mais que isto, um caminho perigoso a permitir retornem as más autoridades o modelo inquisitorial, buscando provar a qualquer custo, não se preocupando com mais nada, senão com a punição pela punição.

validamente prestar o consentimento se não tiver antes a assistência de um defensor, do que constará da diligência policial (STS 2-12-1998). Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, dada a “intimidação ambiental” ou “a coação que a presença dos agentes da atividade representa.” (STS. 831/2000).

- c) Pode ser prestada oral ou por escrito, porém sempre vertida documentalmente.
- d) Deve ser outorgada expressamente, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio *in dubio pro libertate* (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98).
- e) Deve ser outorgado pelo titular do domicílio. A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a propriedade. Em caso de múltiplos titulares algum deles pode conferir desde que não tenha interesses contrapostos, nem esteja no âmbito da pressão psicológica (STS. 779/2006).
- f) O consentimento deve ser outorgado para um caso concreto, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca. (STS, sentença de 6 de junho de 2001).

Respeito às regras do jogo processual. Nem mais, nem menos.

Por tais razões, diante das condições em que a materialidade continua sendo apreendida neste país, em franca violação dos direitos fundamentais, a prova deve ser declarada ilícita, especialmente nos casos de ilegal denúncia anônima, bem assim quando a atuação dos agentes do Estado acontece sem mandado judicial, salvo no caso de flagrante posto, implicando, pois, na ilegalidade da apreensão e, por via de consequência, da ausência de materialidade na maioria dos casos em que se tiver coragem. Também é ilegal, após a prisão em flagrante, conduzir-se o sujeito até sua residência, sem manifestação do defensor, dada a intimidação ambiental e constrangimento que a prisão proporciona. Não se pode acovardar em nome do resultado, uma das faces do populismo penal e do mantra do crime permanente. A função do Judiciário é de garantia das regras do jogo, saindo do transe que o mantra proporciona.

Na jurisprudência cito o professor André Nicolitt²⁴⁶:

A adoção de entendimento no sentido contrário conduz a um verdadeiro absurdo, pois se juiz não cumpre a exigência do art. 186 do CPP, a confissão do acusado é inválida. Da mesma forma, se o Delegado de Polícia não cumpre a exigência do art. 6º, V, c/c art. 186 do CPP, a confissão também não serve como justa causa para a ação penal. Não obstante, o policial militar arranca uma confissão do acusado sem tais advertências e esta teria validade? Por óbvio não podemos aceitar tal confissão sob pena de conferirmos ao PM um poder soberano, superior ao do Juiz e do Delegado de Polícia. (...) O resultado é que o ingresso ilegal no domicílio contaminou todas as provas do crime, não sobrando nada lícito para formar a justa causa da ação penal. Não só a prova diretamente ilícita é vedada pela Constituição, mas tudo que derivar da ilicitude será considerado imprestável ao processo, é o que ficou definido na experiência estadunidense como *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que parte da comparação de que uma árvore envenenada produz frutos envenenados, construindo-se então a teoria sobre as provas ilícitas por derivação, que foi expressamente adotada no art. 157 do CPP.

246 Processo nº 0168374-45.2012.8.19.0004. COMARCA DE SÃO GONÇALO JUIZO DE DIREITO DA SEGUNDA VARA CRIMINAL. ANDRÉ LUIZ NICOLITT Juiz de Direito.

No mesmo sentido, ressaltando o direito ao silêncio que deve ser informado, também no momento da captura:

PROVA ILÍCITA. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO, INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO AO SILÊNCIO. CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO. Apelantes condenadas pela prática dos crimes definidos nos artigos 171, § 2.º, inciso V, na forma do artigo 14, inciso II, 299 e 340, todos do Código Penal. Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvição. (Apelação Criminal n. 2009.050.073272, da Capital. Relator: Des. Geraldo Prado. Julgada em 17-12-2009).

E. Proteção domiciliar e crime permanente:

Juiz de Direito Alfredo Marinho, da 2ª Vara Criminal de Belford Roxo, Rio de Janeiro reconhece a ilegalidade da prova obtida mediante invasão²⁴⁷:

Data maxima venia, é assombrosa a atuação da polícia no episódio em questão, tantas que foram as violações à Constituição e a direitos humanos relatadas e, infelizmente, ao que parece, naturalizadas pelos agentes estatais.

O pior é que, lamentavelmente, incidências de atuação policial como essa não são raras, pretensamente (in)justificadas pela suposta busca por um bem maior, qual seja, a segurança da coletividade, concessa venia, enredada em roteiro que nos faz lembrar o arbítrio e os abusos ocorridos em épocas sombrias da humanidade, agora contra o “traficante”, inimigo eleito do momento, sendo geralmente presas, de forma massificada, pessoas pobres desprovidas de estudos e mais carentes de condições e oportunidades, as quais na estrutura hierárquica do tráfico ocupam posição irrelevante, facilmente substituível.

Dados do 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, da ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontam que nossa polícia está entre as que mais matam e mais morrem no mundo e a do Rio de Janeiro é a que ostenta a maior taxa de letalidade do país.

Magistrado mineiro²⁴⁸ relaxou prisão em flagrante em infração de tráfico de drogas (crime permanente) sem mandado judicial porque não perceptível do lado de fora:

Artigo 5º, XI, da CRFB permite adentrar na casa de pessoas em caso de ordem judicial ou em flagrante delito. Obviamente que o flagrante delito que permite entrar

247 <http://emporiiododireito.com.br/casa-de-de-periferia-tambem-e-asilo-inviolavel-ilegalidade-da-prova-obtida-mediante-invasao-reconhece-juiz-de-belford-roxo/>

248 <http://emporiiododireito.com.br/situacao-imperceptivel-do-lado-de-fora-da-residencia-nao-enseja-flagrante-em-trafico-de-drogas/>

na residência é o perceptível de fora da residência, ou quando já encontrada droga com o acusado na via pública, o que não foi o caso. Não se pode, sob pena de fazer letra morta de garantia constitucional, adentrar na residência de acusado e, uma vez lá dentro, averiguar que se trata de prisão em flagrante.

A mácula neste caso persiste, mesmo em se tratando de crime permanente porquanto, como afirmado, esta situação não era perceptível de fora da residência.

Nesse mesmo sentido as considerações de Maria Lúcia Karam²⁴⁹:

Evidentemente, a situação de flagrância indicada pelas circunstâncias tem que ser constatada pelos agentes do Estado antes de sua entrada no domicílio. Simples informações ou suspeitas de que poderia estar ocorrendo um crime no interior de uma residência, ou de que ali haveria algo de interesse para a investigação de um crime, não autorizam a entrada. Tais elementos autorizam apenas o requerimento de uma ordem judicial para posterior busca na residência.

Na doutrina cito o Juiz Alexandre Moraes da Rosa²⁵⁰:

Isso porque nos crimes permanentes há confusão lógica na interpretação prevalente. De fato, o art. 303 do CPP autoriza a prisão em flagrante nos crimes permanentes enquanto não cessada a permanência. Entretanto, a permanência deve ser anterior à violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada. Não basta, por exemplo, que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique quem fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “x”, bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do agente “parecia” que havia droga. É preciso que o flagrante esteja visualizado ex ante. Inexiste flagrante permanente imaginado. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional, por violação do domicílio do agente, quando movida pelo imaginário, mesmo confirmado posteriormente. A materialidade estará contaminada pelos frutos da árvore envenenada.

No mesmo sentido Castanho de Carvalho:

“Em conclusão, só é possível o ingresso em domicílio alheio nas circunstâncias seguintes: à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (CPP, art. 302, I e II), desastre ou prestação de socorro; e durante o dia, com mandado judicial, em todas as outras hipóteses de flagrante (CPP, art. 302, III e IV). Reconheço que a falta de estrutura do sistema investigatório brasileiro, tornando inviável o contato próximo e a tempo com a autoridade judiciária, possa fazer com que o entendimento exposto se transforme em mais um entrave burocrático à persecução penal. Não é essa a intenção, mas não se pode aceitar que a doutrina fique à mercê da boa-vontade dos governantes para dotarem a polícia dos recursos técnicos e humanos necessários para o desempenho da função.”

249 Liberdade, intimidade, informação e expressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 38.

250 Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes. http://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter

É o mesmo ensinamento do consagrado professor Afrânio Silva Jardim²⁵¹:

Sempre entendemos que a tal permissão só é possível diante de flagrante delito efetivo e real, ou seja, só nas hipóteses previstas no art. 302, inc. I e II, do Cod. Proc. Penal. Isto se depreende do próprio artigo 293 do Cod. Proc. Penal, posto em vigor durante a ditadura de Getúlio Vargas. Por este dispositivo, no caso de perseguição, nem com mandado em mãos a polícia pode entrar à noite nas residências, sem o consentimento dos moradores. Na verdade, as duas últimas hipóteses do citado art. 302 não são flagrantes, por isso que o legislador consignou; “considera-se em flagrante...”. Assim, não se pode permitir que o legislador diminua a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, ampliando as situações que não são de verdadeiro flagrante para nelas permitir a prisão.

Não é outro o entendimento do mestre Fernando da Costa Tourinho Filho²⁵²:

Preciso é, contudo, haja certeza de que um crime está se consumando. Do contrário, a expressão “flagrante” servirá para que os agentes da Polícia adentrem uma residência e... quebrada a infranqueabilidade domiciliar, deem a desculpa esfarrapada de que pensavam que havia, no interior da casa, armazenada, substância entorpecente

Nos Tribunais, trago a colação:

Cabe destacar julgado relatado pelo desembargador Geraldo Prado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Apelação Criminal 2009.050.07372, verdadeira aula de como se deve proceder na garantia de Direitos Fundamentais:

“PROVA ILÍCITA. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO, INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO AO SILÊNCIO. CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO. Apelantes condenadas pela prática dos crimes definidos nos artigos 171, § 2.º, inciso V, na forma do artigo 14, inciso II, 299 e 340, todos do Código Penal. Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvição.”

Consta do voto:

“O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consume. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, encontrasse à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado.”

251 JARDIM, Afrânio Silva. Tutela Constitucional, op. cit., p. 13.

252 Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1992, vol. 3, p. 361.

No mesmo sentido²⁵³:

A Constituição é clara ao estabelecer que o domicílio é asilo inviolável da pessoa, nele só se podendo ingressar na hipótese de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, com autorização judicial. Fora destas hipóteses taxativas não é possível o ingresso no domicílio, lembrando-se sempre que o conceito deste é amplo (art. 5º, XI, da CRF/1988).

A situação de flagrante significa visibilidade material do delito. Não existe flagrante quando não há um mínimo de aparência perceptível aos sentidos relativamente à existência de um crime, nos termos do art. 302 do CPP. Quando se ingressa em uma residência sem o mínimo de visibilidade do delito, há violação do domicílio e a superveniente apreensão de droga passa a ser ilícita por força dos incisos XI e LVI do art. 5º da Constituição. O mesmo ocorre se o ingresso deu-se com base em consentimento não esclarecido ou viciado.

Não se pode confundir “cometimento de delito” com “estado de flagrância”. Um delito pode estar sendo cometido sem que ninguém perceba (e isso não autoriza ingresso no domicílio), mas para a configuração do flagrante há que se ter percepção pelos sentidos, podendo, inclusive, o delito já ter sido consumado e a percepção ter ocorrido logo após, como nas hipóteses do flagrante impróprio e o presumido.

Magistrada do Pará²⁵⁴ relaxou a prisão em flagrante de acusado preso por tráfico de drogas pelo ingresso sem autorização e mandado com o argumento de crime permanente:

Respeito às regras do jogo processual. Nem mais, nem menos.

Por tais razões, diante das condições em que a materialidade continua sendo apreendida neste país, em franca violação dos direitos fundamentais, a prova deve ser declarada ilícita, especialmente nos casos de ilegal denúncia anônima, bem assim quando a atuação dos agentes do Estado acontece sem mandado judicial, salvo no caso de flagrante posto, implicando, pois, na ilegalidade da apreensão e, por via de consequência, da ausência de materialidade na maioria dos casos em que se tiver coragem. Também é ilegal, após a prisão em flagrante, conduzir-se o sujeito até sua residência, sem manifestação do defensor, dada a intimidação ambiental e constrangimento que a prisão proporciona. Não se pode acovardar em nome do resultado, uma das faces do populismo penal e do mantra do crime permanente. A função do Judiciário é de garantia das regras do jogo, saindo do transe que o mantra proporciona.

Magistrada mineira²⁵⁵ absolveu a acusada que teve sua residência invadida por policiais sem mandado de busca e apreensão nem sua autorização:

A prova colhida a partir da entrada indevida da polícia na residência da acusada, sem

253 Processo nº 0168374-45.2012.8.19.0004. COMARCA DE SÃO GONÇALO JUIZO DE DIREITO DA SEGUNDA VARA CRIMINAL. ANDRÉ LUIZ NICOLITT Juiz de Direito

254 <http://emporiadodireito.com.br/juiza-declara-nula-a-entrada-sem-mandado-na-casa-onde-e-encontrada-droga-e-relaxa-prisao/>

255 <http://emporiadodireito.com.br/ingresso-em-domicilio-sem-ordem-judicial-ou-autorizacao-torna-ilegal-a-apreensao-efetuada/>

ordem judicial ou autorização de quem quer que seja, não pode servir para embasar o processo criminal, menos ainda a condenação da denunciada, por ser prova ilícita, devendo ser reputada nula a apreensão das drogas e demais objetos supostamente encontrados na residência.

F. Autorização do cônjuge vítima e não do cônjuge autor:

Falta de autorização de um dos proprietários do imóvel para busca e apreensão, ainda que em crimes permanentes, torna ilegal a ação policial e, por conseguinte, a prova obtida segundo Magistrado Catarinense²⁵⁶:

É evidente que se a busca domiciliar visava a apuração de um ilícito envolvendo o acusado e não a vítima – e sendo ambos proprietários do imóvel –, havia a necessidade daquele ser cientificado da diligência policial e de suas consequências, isso sem falar na exigência de concordar de modo expresso com a busca, sobretudo porque os objetos tidos como ilícitos foram encontrados no cômodo da casa que era usado pelo acusado para seu repouso, situação igualmente evidenciada nos autos. E isso não ocorreu, pois quando a busca se iniciou o acusado sequer encontrava-se no local, pois aquela altura já havia sido conduzido para a Delegacia de Polícia. (...)

Dessarte, se há o consentimento do morador para buscas domiciliares, algumas questões devem ser bem refletidas: (I) forma do consentimento; (II) pessoa que consente e seu grau de esclarecimento sobre as implicações da medida. Sobre a forma do consentimento, deve ser expresso e jamais presumido, sendo que não há previsão legal de forma especial. (...). No tocante à pessoa que consente, deve ser aquele titular do direito à inviolabilidade do domicílio. A doutrina destaca que a permissão deve ser do próprio sujeito da medida de busca e apreensão ou de outra pessoa que possa, legitimamente, representá-lo. Ressalvas são feitas, ainda, às habitações coletivas, em que o consentimento por um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros.

No entanto, maior relevo tem a questão do grau de esclarecimento do morador que consentiu na realização da busca e apreensão. Para que se solucione o conflito de interesses – busca da verdade para realização da justiça e inviolabilidade do domicílio – por via consensual, é necessário que aquele que consente tenha pleno conhecimento das circunstâncias e consequências da realização da busca domiciliar, bem como que isso seja documentado. No ponto, não há previsão legal. Contudo, tratando-se de medida que pode implicar a produção de prova contra o próprio morador que consente com a busca, para que ele decida de forma justa e válida se franqueará a entrada em sua residência, necessário que no mínimo lhe sejam esclarecidos seus direitos e o alcance da inviolabilidade do domicílio, bem como as consequências da realização da busca domiciliar.

256 <http://emporiiododireito.com.br/falta-de-autorizacao-de-um-dos-proprietarios-do-imovel-para-busca-e-apreensao-ainda-que-em-crimes-permanentes-torna-ilegal-a-acao-policial-e-por-consequente-a-prova-obtida/>

7. CONCLUSÃO:

Importante destacar que a prova obtida violando a proteção constitucional do domicílio tem como efeito a nulidade:

“Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente orda C.R.” (STJ – 6ª T. – HC 100.879 – rel. Maria Thereza de Assis Moura j. 19.08.2008 – DJU 08.09.2008).

Romulo de Andrade Moreira resume as hipóteses em concreto em recente artigo²⁵⁷:

De sorte que somente quando houver flagrante posto é que a entrada será lícita. A imaginação, intuição ou denúncia anônima, sem elementos precedentes e verificáveis a posteriori, significa a ilegalidade da ação e a contaminação das provas. Aliás, a entrada será causa de responsabilização penal por abuso de autoridade, no mínimo. A redação da decisão deixou a desejar, mas o sentido democrático é de que o art. 5º da CR está em: a) chegou à casa, não há flagrante posto, descabe adentrar; b) chegou na casa e imaginou que há flagrante, cerca a casa e pede mandado ao Juiz de Plantão, se for o caso; c) entrou sem flagrante posto, responde por abuso de autoridade e contamina a prova.

Claro que podem inventar algumas histórias de que havia alguém correndo, fugindo, barulho, etc. Mas a pergunta, com a mentira, mesmo que lotada de boas intenções, é: quem mente deliberadamente para justificar arbitrariedade não é criminoso?

O magistrado Rosivaldo Toscano conclui²⁵⁸:

Por fim, embora nem mesmo a polícia civil possa ingressar no lar somente com base em denúncia anônima, na hipótese de atuação da polícia militar há mais um agravante: na prática, termina havendo a usurpação da função de polícia judiciária por parte dos militares, pois o art. 144, § 4º, da Constituição da República determina que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais são incumbência da polícia civil, cabendo às polícias militares a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º da CR). (...)

Não é constitucionalmente aceitável o ingresso em domicílio com base em denúncia anônima ou mera suposição, por falta de justa causa. E a permissão do proprietário necessita ser devidamente comprovada. Diligências investigatórias realizadas pela

257 <http://emporiiodireito.com.br/o-stf-autorizou-entrar-na-casa-sem-mandado-a-resposta-e-nao-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/>

258 <http://emporiiodireito.com.br/denuncia-anonima-violacao-do-lar-e-busca-e-apreensao-existe-causa-justa-sem-justa-causa-por-rosivaldo-toscano-jr/>

polícia militar são constitucionalmente problemáticas em face da usurpação da atribuição constitucional da polícia civil. A materialidade encontrada na busca não tem o condão de legalizar o anterior ingresso ilícito. Tal tipo de prática policial jamais se daria do mesmo jeito se fosse em um condomínio de luxo das nossas metrópoles, pois a polícia não entraria sem mandado somente com base num telefonema anônimo. A permissividade de tais práticas induz a flagrantes forjados para evitar acusação de crimes contra os agentes que ingressaram no lar alheio em vão.

No mesmo sentido Rodrigo Régner Chemim Guimarães²⁵⁹:

Vale de início o registro que esse papel de investigar notícias anônimas de crime e diligenciar nos endereços indicados como possíveis pontos de venda de drogas, deveria ser realizado primordialmente pela Polícia Civil e não pela Polícia Militar. (...)

Enfim, é preciso mudar a cultura policial de não investigar as notícias e as suspeitas de crime, e de não buscar a legalidade na autorização judicial prévia em casos como o aqui ilustrado. E cabe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário fiscalizar e coibir essa prática. Infelizmente não tem sido frequente a compreensão desta problemática por parte das duas Instituições. E o reflexo está presente no dia a dia das periferias das cidades e nas condenações recorrentes a partir desse modelo de atuação. Enquanto se tolerar essa prática da polícia, em nome de discutível eficácia utilitarista de “combate ao crime” ou de “guerra às drogas”, não se alterará a cultura de violação sistemática de direitos fundamentais. Talvez muitos não enxerguem a gravidade do problema pela dificuldade de se imaginarem no lugar do outro, como potenciais vítimas de abusos por parte do Estado. Afinal, as diligências policiais nestes moldes não costumam acontecer em condomínios de luxo de bairros de classe mais abastada... Para que o Estado de Democrático de Direito, aqui lido sob uma de suas importantes balizas que é a proibição de excesso, se materialize, urge mudar a cultura neste campo e acabar de vez com a aceitação irrefletida da tal “fórmula matemática” do tráfico.

Adverte Leonardo Isaac²⁶⁰:

É bom que se diga e que se deixe bem claro que as maiores arbitrariedades, os maiores abusos e violência são cometidos contra os mais vulneráveis. Contra os pobres, negros, favelados... As violações de domicílio com os arrombamentos ocorrem e são corriqueiras nos barracos das favelas e nos casebres da periferia e do subúrbio. As coberturas do Leblon ou do Morumbi e seus moradores estão livres da truculência policial.

Quando se trata das garantias e dos direitos fundamentais os fins jamais poderão justificar os meios. A luta pelos direitos não termina nunca. Não basta derrubar o fascismo, não basta conquistar direitos e garantias, é necessária uma vigilância e uma luta permanente para que o fascismo não recrudesça e os direitos e garantias fundamentais sejam mantidos mesmo em “tempos sombrios”.

259 <http://emporiododireito.com.br/prisao-em-flagrante-por-trafico-de-drogas-sem-mandado-de-busca-e-a-ilicitude-da-prova-produzida-o-estado-democratico-de-direito-exige-um-freio-a-formula-matematica-do-trafico-parte/>

260 <http://emporiododireito.com.br/minha-casa-meu-lar-por-leonardo-isaac-yarochewsky/>

Luigi Ferrajoli²⁶¹ e seu garantismo dentre outros postulados a ideia de validade e vigência no Direito: elementos formal e substancial do Garantismo:

O aspecto formal do direito - diz Ferrajoli - está no procedimento prévio existente, que funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal. Ou seja, uma norma só será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico. Até então, a ideia de validade colocada pelo Prof. Ferrajoli traz muita similitude com a teoria pura do direito. (...)

Mas Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação.

A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo jurídico. Neste sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais

As formas estabelecidas constitucionalmente não são extravagâncias, não são ornamentos, são garantias, e nesse sentido se baseia a doutrina de Aury Lopes²⁶²:

“no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência”.

O Ministro Celso de Mello, ao tratar do Delegado de Polícia, afirma²⁶³:

O Delegado de Polícia é o “primeiro garantidor da legalidade e da justiça”.

No mesmo sentido, Ruchester Marreiros Barbosa²⁶⁴:

O Delegado de Polícia é o primeiro jurista (intérprete da norma) a ter acesso ao fato criminoso, ou seja, é o primeiro juiz do caso concreto, tendo a atribuição de analisar juridicamente os fatos ocorridos e promover eficiente investigação criminal. Precisa agir com atenção e cautela diante da iminência de suas atribuições com o direito fundamental de liberdade da pessoa humana, tendo sido esta a razão da promulgação

261 <https://jus.com.br/artigos/17/o-garantismo-juridico-de-luigi-ferrajoli>

262 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 389

263 <http://emporiiododireito.com.br/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor-por-david-queiroz/>

264 <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/>

da lei 12.830/13, na qual o Delegado de Polícia figura como cargo de natureza jurídica e essencial ao Estado Democrático de Direito.

Cabe ao Delegado de Polícia analisar o fato que é posto a seu conhecimento com maior amplitude possível. A Constituição da República Federativa do Brasil e os Tratados Internacionais deverão ser aplicados sempre, e como desiderato de garantir os Direitos Individuais.

A tutela constitucional do domicílio é a regra, e as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva. O ingresso em uma residência, sem mandado judicial só é admissível como *ultima ratio* não como regra.

Ao Delegado de Polícia caberá garantir a inviolabilidade do domicílio (Artigo 5º, XI), e o direito de ficar em silêncio, desde a primeira abordagem, desde o momento da captura (Artigo 5º, LXIII) e aplicar a regra do Artigo 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos da CRFB tomando providências quanto ao abuso, e para evitar que se repita. Importante dizer o controle de convencionalidade também deve ser exercido pelo Delegado de Polícia como ensina Ruchester²⁶⁵:

Assim, o Delegado de Polícia deve no exercício de sua função garantidora dos tratados e convenções sobre direitos humanos realizar o controle de convencionalidade e efetivar concretamente as garantias fundamentais nele trazidas a todos que foram alvos da perseguição criminal, efetivando-se o máximo possível garantias não realizadas pelo legislador ordinário.

265 <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/control-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/>

Capítulo IV

BUSCA EXPLORATÓRIA

*Márcio Adriano Anselmo*²⁶⁶

INTRODUÇÃO – O INSTITUTO DA BUSCA E APREENSÃO

O instituto da busca e apreensão encontra-se normatizado no Capítulo XI, artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal. Segundo Tonini²⁶⁷ “é um meio de investigação da prova que tem a finalidade de assegurar determinado objeto para o processo ou de permitir a prisão de uma pessoa”. A busca distingue-se de outras medidas cautelares, como por exemplo no caso do sequestro, uma vez que não há necessidade de descrição detalhada da coisa a ser buscada, ou mesmo de indicação do local onde pode ser localizada.

Antonio Scarance Fernandes²⁶⁸ estabelece a busca e apreensão como subgrupo dos meios de pesquisa ou de obtenção de prova, cuja classificação abrange também os exames, as vistorias e as revistas; as buscas, as apreensões e os sequestros; as interceptações, escutas e quebras de sigilo; e as ações especiais para investigação da criminalidade organizada, como as ações encobertas, infiltração e vigilância.

A busca, que pode ser pessoal ou domiciliar, nos interessa aqui na segunda modalidade, tratada no artigo 240 §1º, que assim estabelece:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

a) prender criminosos;

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

266 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília; Delegado de Polícia Federal.

267 TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 244.

268 FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance. ALMEIDA, Jose Raul Gavião de. MORAES, Mauricio Zanoide de. **Provas no Processo Penal – Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

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

O Código de Processo Penal dispõe ainda, no artigo 245, que, em regra, a busca domiciliar será realizada durante o dia:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

O artigo 5º, XI da CF, ao tratar da inviolabilidade do domicílio, novamente destaca como exceção o cumprimento de ordem judicial, durante o dia.

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;

O artigo 246, por sua vez, equipara o local de exercício profissional à residência para fins de busca e apreensão:

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Assim, o local de exercício de profissão ou atividade (de natureza pública ou privada), tendo como suposto o fato de não ser aberto ao público também se encontra albergado pelo dispositivo legal, tal como o escritório profissional, o gabinete de uma autoridade ou a sala de determinado servidor público.

O tema do presente artigo envolve a análise do instituto da busca exploratória, implementada no curso da denominada Operação Hurricane, no Inquérito 2424-STF, em investigação que visava desarticular organização criminosa envolvendo magistrados (entre eles um Ministro do Superior Tribunal de Justiça), um Procurador Regional da República e um advogado, na suposta prática dos crimes

de quadrilha, corrupção passiva e prevaricação. Em tal medida, foi autorizado o ingresso em escritório de advocacia, no período noturno, visando o registro de informações úteis, além da instalação de equipamento de captação ambiental.

Ainda com relação ao escritório de advocacia, cabe também citar o regramento específico disposto no artigo 7º, § 6 e 7 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

1. TIPICIDADE PROBATÓRIA

O tema da prova no processo penal é sempre tema de incansáveis discussões na doutrina. Como bem coloca Gomes Filho²⁶⁹, “é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa” e sua produção sempre ganha grande destaque por parte da doutrina especializada.

O termo prova é utilizado tanto como meio de prova, como resultado, ou ainda como elementos de prova. Nesse sentido, cabe aqui inicialmente tratar do tema da tipicidade probatória²⁷⁰, ou por negação sua negação, ou atipicidade probatória, onde se discute a possibilidade de aceitação de meios de prova ou meios de investigação cuja regulamentação legal seja insatisfatória ou insuficiente.

Antonio Scarance Fernandes²⁷¹, ao tratar desse fenômeno, estabelece cinco distinções quanto à questão da tipicidade de determinado meio de produção de prova ou meio de investigação: 1) prevista em lei e regulada em procedimento próprio; 2) prevista sem regulamentação do procedimento, mas fazendo remissão ao procedimento a ser seguido; 3) prevista, mas sem regulação ou remissão ao procedimento a ser seguido; 4) ser apenas referida nominalmente; e 5) não ser sequer referida nominalmente.

Já a tipicidade processual, por sua vez, reflete a ideia de modelo a ser observado para a prática do ato processual²⁷². A partir daí – da previsão legal – se faz a distinção entre provas típicas e atípicas, classificando-as quanto à sua previsão e/ou disciplina legal, conforme correntes restritivas ou ampliativas.

269 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

270 GOMES FILHO. Op. Cit., p. 308.

271 FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 66, p.193-236, mai./jun. 2007, p. 199.

272 GRINOVER, Ada Pelegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 9ª ed. São Paulo, RT, 2006, p. 19-20.

No que tange a aplicação no processo penal, busca-se a liberdade probatória, por analogia ao processo civil, onde se admite todos os meios de prova legítimos, ainda que não especificados. O que se busca discutir no presente artigo trata-se de um instituto que constitui uma espécie derivada da busca e apreensão, qual seja, a denominada busca exploratória.

2. O CASO SOB ANÁLISE: INQUÉRITO 2424-STF

A partir de fundamentação no 2º, IV, da Lei 9.034/95, cujo texto dispunha que “Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;”, foi autorizado o ingresso sigiloso da autoridade policial, durante a noite, a fim de que procedesse ao registro e análise de sinais obtidos no escritório do investigado, mediante duas modalidades de diligências: primeiro, a busca exploratória, em que se diligenciou a fim de identificar elementos de prova no local, efetuando-se os devidos registros; segundo, para instalação de equipamentos de captação de sinais acústicos.

Do primeiro item é que ocupará o presente trabalho que busca analisar essa modalidade inovadora de busca, caracterizada por ser exploratória, ou seja, não visa a apreensão de eventuais elementos de interesse para a investigação, mas sim sua visualização e identificação, sem a devida arrecadação e apreensão.

O tema foi submetido a julgamento pelo STF, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“[...] 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. [...]” (STF, Inq. 2424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 26.03.2010).

Cabe aqui, pela pertinência, a transcrição do trecho do Informativo 529 do STF, onde se encontram resumidos os fundamentos da decisão:

Prosseguindo, rejeitou-se a preliminar de ilicitude da prova de escuta ambiental, por ausência de procedimento previsto em lei. Sustentava a defesa que a Lei 9.034/95 não teria traçado normas procedimentais para a execução da escuta ambiental, razão pela qual a medida não poderia ser adotada no curso das investigações. Entendeu-se não proceder a alegação, tendo vista que a Lei 10.217/2001 deu nova redação aos artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, definindo e regulando meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Salientou-se o disposto nesse art. 2º, na redação dada pela Lei 10.217/2001 (“Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;”), e concluiu-se pela licitude da escuta realizada, já que para obtenção de dados por meio dessas formas excepcionais seria apenas necessária circunstanciada autorização judicial, o que se dera no caso. Asseverou-se, ademais, que a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial.

Inq 2424/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19 e 20.11.2008. (Inq-2424)

Afastou-se, de igual modo, a preliminar de ilicitude das provas obtidas mediante instalação de equipamento de captação acústica e acesso a documentos no ambiente de trabalho do último acusado, porque, para tanto, a autoridade, adentrara o local três vezes durante o recesso e de madrugada. Esclareceu-se que o relator, de fato, teria autorizado, com base no art. 2º, IV, da Lei 9.034/95, o ingresso sigiloso da autoridade policial no escritório do acusado, para instalação dos referidos equipamentos de captação de sinais acústicos, e, posteriormente, determinara a realização de exploração do local, para registro e análise de sinais ópticos. Observou-se, de início, que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial. Afirmou-se que a Constituição, no seu art. 5º, X e XI, garante a inviolabilidade da intimidade e do domicílio dos cidadãos, sendo equiparados a domicílio, para fins dessa inviolabilidade, os escritórios de advocacia, locais não abertos ao público, e onde se exerce profissão (CP, art. 150, § 4º, III), e que o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 expressamente assegura ao advogado a inviolabilidade do seu escritório, ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência, e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB. Considerou-se, entretanto, que tal inviolabilidade cederia lugar à tutela constitucional de raiz, instância e alcance superiores quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Aduziu-se que o sigilo do advogado não existe para protegê-lo quando cometa crime, mas proteger seu

cliente, que tem direito à ampla defesa, não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório no único reduto inexpugnável de criminalidade. Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a ratio constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio stricto sensu, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau, que acolhiam a preliminar, ao fundamento de que a invasão do escritório profissional, que é equiparado à casa, no período noturno estaria em confronto com o previsto no art. 5º, XI, da CF.

Inq 2424/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19 e 20.11.2008. (Inq-2424)

Assim, portanto, depreende-se que a proteção constitucional garantida ao domicílio foi relativizada. Merece destaque aqui trecho do voto do Min. Celso de Mello, quando discorre que:

Tratando-se de crime permanente, torna-se invocável, pelos agentes do Estado, a exceção constitucional que permite o ingresso legítimo a qualquer pessoa (inclusive da Polícia), a qualquer momento (do dia ou da noite), em espaços privados protegidos pela inviolabilidade domiciliar, pois - como t-dos sabemos - o momento consumativo do delito permanente protrai-se no tempo, expondo, o seu autor, à situação de fragrância. E a situação de fragrância - insista-se - autoriza, mesmo 'invito domino', o ingresso legítimo de terceiros em casa alheia, como se vê da regra inscrita no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal.

Cumprе destacar que o conceito de domicílio abrange qualquer local delimitado, individual ou coletivo, ocupado com exclusividade, para fins pessoais ou profissionais²⁷³, de forma que estaria abrangido o escritório profissional. Em que pese a diligência não tenha sido reconhecida de amparo constitucional pela unanimidade dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, mas fora rejeitada a preliminar de nulidade de diligência.

Foram objeto de discussão outras questões, como o ingresso em escritório, equiparado ao domicílio para fins legais em período noturno, bem como a

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

disciplina de captação ambientação ou interceptação ambiental, que fogem ao objeto do presente trabalho.

Por óbvio, no caso em tela, também deixou de ser aplicado o disposto no artigo 7º, § 6 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que trata da presença de representante da OAB para cumprimento de busca em escritório de advocacia, que resultaria em violação do sigilo necessário à diligência, conforme se depreende do texto da própria ementa do julgado: “Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.”

3.DA BUSCA EXPLORATÓRIA

De acordo com os elementos fáticos apresentados, ao se identificar um possível caso de venda de decisões judiciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi representado pela autoridade policial para que fosse autorizada judicialmente a entrada discreta de um policial na sala usada por um dos investigados, a fim de registrar, mediante filmagens, fotografias e fotocópias, eventuais dados ali existentes, que retratassem as negociações ilícitas realizadas pelos investigados.

Foi autorizada, portanto, pelo ministro relator do inquérito, o ingresso para o registro de elementos de prova ali identificados, sem a apreensão de qualquer objeto.

Como bem fundamentado pelo relator, restava evidente que a diligência não poderia ser realizada pelo procedimento normal de busca, durante o dia, com a apresentação de mandado de busca, mas sim ser realizada sem qualquer publicidade, sob pena de frustração da medida.

Assim, a inviolabilidade do escritório de advocacia, prevista no Código Penal (artigo 150, §4, III), bem como no Estatuto da OAB (artigo 7º, II, da Lei nº 8.906/94), deve ceder lugar, em casos concretos, quando o local é usado para a prática de crimes. Como bem apontado: “a inviolabilidade não pode transformar o escritório em protegido e privilegiado reduto de criminalidade.”.

Trata-se portanto de uma espécie do gênero das buscas, regulado no Código de Processo Penal, em que o agente ingressa no local mas, sem realizar qualquer arrecadação ou apreensão de elementos considerados pertinentes, apenas efetua o registro dos mesmos. Por imperativo óbvio, tal ingresso e exploração do local deve ser marcado pela ausência de publicidade e absoluto sigilo, sem a aplicação do artigo 245 do Código de Processo Penal, que estabelece o procedimento da busca, determinando a ciência ao morador do teor do mandado judicial.

Com o desenvolvimento de modernos mecanismos de registros digital, seja por meio de fotografias, filmagens e mesmo scanners portáteis, é possível assim,

mediante o procedimento, ingressar de maneira sigilosamente em determinado local e efetuar os registros de documentos identificados.

A fim de assegurar-se a lisura do procedimento, acredita-se, como ferramenta relevante, que a diligência seja consubstanciada em auto circunstanciado, pormenorizando os elementos de prova porventura identificados no local, sobretudo fazendo-se acompanhar de vídeos e filmagens do ambiente, sobretudo a fim de garantir um possível contraditório diferido dos elementos encontrados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar o tema da busca domiciliar sob a perspectiva do estudo da busca exploratória, implementada no curso do Inquérito 2424-STF, no qual foi autorizado o ingresso em escritório para fins de registro de eventuais elementos pertinentes à investigação.

A discussão que se seguiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal dizia respeito a inúmeras preliminares levantadas pela defesa, notadamente visando a declaração da nulidade das provas colhidas, seja pelo ingresso no local durante a noite, seja pela ausência de previsão legal da diligência.

Entendeu-se como válidas as provas obtidas, que culminaram com a respectiva ação penal, sob o fundamento de que o direito à inviolabilidade do domicílio não seria absoluto, e no caso, o escritório, equiparado ao domicílio, poderia ter sua inviolabilidade autorizada judicialmente para fins da realização da medida.

Tratou-se aqui, portanto, de uma inovação no meio de obtenção de provas conhecido como busca domiciliar, a fim de que, ao invés da apreensão, se procedesse apenas ao registro do material encontrado, sem com isso despertar a atenção dos investigados quanto à realização da diligência, alternando-se assim o procedimento previsto no Código de Processo Penal, em conjugação com a Constituição Federal, que assegura a entrada no domicílio, por ordem judicial, apenas durante o dia, cujo procedimento implica, ainda, na leitura do mandado judicial ao morador/ocupante.

Trata-se, sem dúvida, de solução inovadora e cuja implementação assegura um melhor conhecimento acerca da estrutura de uma organização criminosa. Em que pese não haja previsão expressa quanto ao seu procedimento, adotou-se por similaridade o procedimento da busca domiciliar, previsto no Código de Processo Penal, excetuando-se a leitura do mandado ao morador.

Entendemos, por fim, que o instituto pode e deve ser aplicado, uma vez satisfeitas as condições objetivas, como técnica de investigação e meio de obtenção de provas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 9ª ed. São Paulo, RT, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 66, p.193-236, mai./jun. 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance. ALMEIDA, Jose Raul Gavião de. MORAES, Mauricio Zanoide de. Provas no Processo Penal – Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13-45.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318;
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.
- STF. Informativo 529. Disponível em < http://www.stj.jus.br/sites/stj/default/pt_br/noticias/noticias/o-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprudencia-do-stj> Acesso em 20 out. 2015.
- TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

Capítulo V

BUSCA E APREENSÃO VIRTUAL: EVIDÊNCIAS DIGITAIS EM NUVEM COMPUTACIONAL

*Stenio Santos Sousa*²⁷⁴

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da nova realidade cibernética, diversas figuras jurídicas e institutos passaram a assombrar juristas, acostumados com a tradição que o Direito, avesso a grandes mudanças, preserva e cuida.

Propomos discutir neste artigo a possibilidade jurídico-constitucional de um novel instituto, aqui denominado “busca e apreensão virtual”, diante dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como em face da necessidade de “autolimitação do Estado” (JARDIM, p. 317, 1999) representada pelo processo penal.

Partimos da premissa de que o processo penal brasileiro tem vigência e validade na medida diretamente proporcional a sua adequação aos ditames da Constituição Federal. E entendemos o processo penal como instrumento de persecução penal em sentido lato, a serviço da busca da verdade material, sempre limitada pelos princípios e garantias fundamentais previstos constitucionalmente.

Para o alcance desse objetivo geral, entendemos pertinente iniciarmos nossos estudos pelo enquadramento geral da busca e apreensão, ainda que limitando sua repercussão à primeira fase do processo penal, com base em sua ampla incidência em termos estatísticos para o fim de persecução criminal, e à

²⁷⁴ (1) Mestre em Ciências Policiais, Criminologia e Investigação Criminal (2015). Especialista em Ciências Policiais (2014). Especialista em Ciências Criminais (2007). Graduado em Direito (2002). Professor e Tutor EaD da Academia Nacional de Polícia. Delegado de Polícia Federal (2003). Chefe do Grupo de Repressão a Crimes Cibernéticos da Polícia Federal no Distrito Federal. Autor do livro “Investigação Criminal Cibernética: por uma política criminal de proteção à criança e ao adolescente na Internet”.

busca domiciliar, excluída que está a busca pessoal da analogia entre o domicílio físico e sua extensão virtual.

Compreendida, pois, a “busca e apreensão tradicional” como a percebemos na investigação criminal, sentimo-nos seguros para traçar as linhas preliminares do que deve ser uma busca e apreensão de evidências digitais em nuvem computacional.

Parece-nos relevante debater o que seria o domicílio que surge em decorrência da nova era digital, onde os indivíduos vivenciam o virtual como se real fosse, algumas vezes até mesmo optando por aquele, considerado melhor, mais perfeito. Optamos por firmar um paralelo com as disposições pertinentes do novo Código Civil de 2002, a fim de averiguar sua aplicabilidade para nossa ideia de domicílio virtual.

E uma vez considerado o domicílio virtual como uma realidade insofismável, o que se poderá dizer de evidências digitais, inclusive quando armazenadas naqueles locais de internet, em alguns casos, verdadeiros mundos virtuais, o que permite vislumbrar a ideia de “cofres virtuais”.

Tal compreensão não se afasta do conceito de nuvem computacional, seja no aspecto mais simples cotidiano das aplicações disponíveis em nuvem, facilitando o acesso ubíquo ao usuário final (SCHMIDT e COHEN, p. 101), seja quando se trata da complexidade dos sistemas computacionais em nuvem e suas implicações para o trabalho de investigação criminal, com execução de buscas virtuais ou cibernéticas sem qualquer dispositivo físico visível e em formatos de apresentação não compreensíveis pela linguagem humana.

De tal contexto, necessariamente surgem várias questões para debate, muitas das quais ainda pendem de manifestação do Poder Judiciário, naturalmente inerte e dependente da prévia investigação criminal (SOUSA, 2015), com todas as vicissitudes a ela inerentes, em face de sua peculiaridade de agir vestibularmente, executando o direito e a lei.

Por se apresentar como ator primeiro do processo penal, questionamos não apenas a busca da qualidade da prova pela polícia judiciária, mas também a qualidade de sua coleta, adequada preservação e forma de apresentação, ante a sombra de possíveis perturbações que venham a macular a integridade ou legitimidade de todo o processo penal, com prejuízo para a revelação da verdade material.

O confronto entre a legislação dos Estados Unidos da América – berço da tecnologia mundial e sede das principais empresas do ramo, onde são enfrentadas questões que posteriormente farão parte do cotidiano pátrio – com os instrumentos legais disponibilizados no Brasil, surge naturalmente. A partir daí suscitamos possíveis formas de acesso, direto ou indireto, ao conteúdo disponibilizado na nuvem por parte da polícia judiciária.

O estudo, assim, propõe-se não apenas a apresentar um paralelo entre a busca e apreensão no mundo físico e aquela que decorre da virtualização da realidade material, mas também busca compreender os novos fenômenos e as relações, simples ou complexas, daí decorrentes, atentando-se para as possíveis implicações para o processo penal, ainda que em linhas preliminares, dada a extensão e complexidade da temática.

A base e o fundamento de nossas preocupações revelam-se em hipóteses e cenários que já são – e também naqueles que serão – enfrentados, e as soluções possíveis diante das restrições da pesquisa e dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela nossa Constituição Federal, limites ao poder estatal de perseguir a criminalidade, inclusive cibernética.

2. BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

2.1 Conceito e distinção

Sabemos que o processo penal tem natureza instrumental, ou seja, não serve a si próprio, mas a uma finalidade superior de permitir que o Poder Judiciário possa *juris dicere*. Para que tenha efetividade, porém, não prescinde de tecnologia jurídica, sem a qual queda-se natimorto ou imprestável.

As medidas de busca e de apreensão estão inseridas, topicamente, no Título VII, que trata sobre as provas, do Livro I, do Código de Processo Penal, mais especificamente no capítulo XI.

O art. 240, do CPP dispõe que a busca poderá ser pessoal ou domiciliar e terá por finalidade, exemplificativamente: *a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder; quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.*

De tais disposições legais é possível concluir que a busca é medida que visa a permitir aos agentes estatais, em regra a polícia judiciária, a obtenção ou colheita de vestígios, elementos indiciários, e até mesmo provas que poderão subsidiar eventual ação penal, excluir suspeitas (e suspeitos), no interesse da defesa, bem como permitir a prisão de criminosos e a apreensão de vítimas de crimes. A busca é, pois, um importante instrumento na busca da verdade material, viabilizada processualmente.

Não faria sentido, porém, a busca dos elementos que possam interessar ao processo penal sem que, ao deparar-se com este, aos agentes estatais fosse obstada a sua coleta, arrecadação e apreensão. Daí que o capítulo XI trate duas situações jurídicas distintas com um *nomen iuris* composto, “Busca e Apreensão”, todavia com aparência de singularidade.

A apreensão pode decorrer da diligência de busca, mas com esta não se confunde, uma vez que se trata de “medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir provas ou preservar direitos” (NUCCI, *Manual...*, p. 470).

Dizemos que a apreensão pode ser consequência da busca posto que situações há em que o próprio investigado, o ofendido ou terceiros, “sponte propria”, decidem entregar diretamente ao Estado o material que poderá servir ao processo penal. Veja-se como exemplo, os casos em que após ter sido noticiada uma operação policial na mídia televisiva, objetivando evitar a violação de seu domicílio com base em suspeita de que possa sofrer busca, terceiro comparece à delegacia de polícia e apresenta o material que a polícia estava procurando.

Por outro lado, a lei processual penal é clara ao definir hipóteses de busca sem apreensão necessária²⁷⁵, como é o caso das alíneas “a” (“prender criminosos”), “e” (“descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu”) e “h” (“colher qualquer elemento de convicção”) do art. 240, §1º, do CPP.

Nesse sentido, discordamos de AURY LOPES JR. (p. 709, 2013) quando afirma que “a busca se destina a algo, ou seja, quem busca, busca algo. E esse algo será – uma vez encontrado – apreendido”, uma vez que, como vimos, a apreensão não é necessariamente consequência da busca.

O próprio AURY LOPES JR. se contradiz, mais à frente, quando reconhece a hipótese de busca para o fim de prender criminosos (*Idem*, p. 713), descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu (*Ibidem*, p. 714) e para a colheita de qualquer elemento de convicção (*Ibidem*), ainda que no primeiro caso alegue que a busca dependa de concomitante mandado de prisão, o que não é exigido pelo art. 243, §1º, do CPP²⁷⁶, e critique nos dois seguintes por entender se tratar de cláusula genérica, sendo que a última hipótese seria inconstitucional se fundamentada isolada e exclusivamente.

Há ainda situações em que a apreensão do material encontrado em decorrência da busca é limitada pela legislação. É o caso quando, em decorrência da busca, for encontrado documento em poder do defensor do acusado que não constitua corpo de delito.

Como ensina EUGÊNIO PACCELIDE OLIVEIRA (fl. 385, 2009), o Código de Processo Penal claramente veda sua apreensão como decorrência do direito à

²⁷⁵ Em sentido diverso: TORNAGHI, p. 1006.

²⁷⁶ CPP, Art. 243, § 1º: Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

ampla defesa, “de tal maneira que os documentos que podem ser utilizados pelo defensor não devem ser apreendidos”. Com efeito, em tal situação, o Estado se limita a ter conhecimento de sua existência como decorrência da busca realizada.

Ressalta EUGÊNIO PACCELI DE OLIVEIRA (*Idem*) que a exceção não abrange outro meio de prova distinto do documental “e que não esteja relacionado diretamente com o material da defesa”, como ocorre quando se tratar do próprio corpo de delito e dos instrumentos do crime e produtos dele derivados.

Concluímos, pois, que apreensão não decorre exclusivamente da busca, assim como a busca não implica apreensão necessária e obrigatória, o que evidencia a distinção entre ambos os institutos.

2.2 Natureza jurídica

Inseridas no título das “provas” do Código de Processo Penal, tanto a busca quanto a apreensão podem servir ora como medida acautelatória, ora como meio de prova, indicando a natureza jurídica de ambas.

A busca e a apreensão são, pois, medidas de natureza mista (NUCCI, *Código...*, p. 610), ora servindo como **medida cautelar**, como quando utilizada para garantir que elementos indiciários ou vestígios não sejam destruídos pela ação humana ou desapareçam em decorrência da mera ação temporal, ora servindo como **meio de prova**, como ocorre quando a medida é deferida judicialmente para a execução de diligência pericial (*Idem*).

A busca é a medida realizada, em regra, pela polícia e prevista no art. 240, §1º, do Código de Processo Penal para prisão de criminosos, apreensão de coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, de instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, de armas e munições, de instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, pessoas vítimas de crimes, para descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, enfim, para colher qualquer elementos de convicção, podendo ser domiciliar ou pessoal.

As hipóteses de busca sem apreensão necessária, claramente tem natureza acautelatória, como é o caso da prisão de pessoa para garantir a aplicação da lei penal, ao passo que uma busca com o objetivo de “descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu” desvenda a busca como meio de prova.

A apreensão de um veículo, por outro lado, pode assegurar que seja devolvido ao seu real detentor ou proprietário em uma dada situação, como pode servir como meio de provar qual foi o instrumento do crime, quando aquele foi utilizado essencialmente à comissão delitiva, como ocorreria se o acesso a um determinado local dependesse da leitura da placa veicular.

2.3. Hipóteses Constitucionais

Em face de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, não é a busca apenas instrumento para o processo penal, mas também um meio de controle da ação estatal, seja na fase da investigação criminal, seja na fase judicial, para que o jurisdicionado possa ter paz jurídica em saber que seu domicílio (e por consequência sua intimidade e privacidade) permanecerá inviolável como regra geral, ressalvadas apenas hipóteses extraordinárias reservadas, com exclusividade²⁷⁷, ao arbítrio do Poder Judiciário.

O art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Eis aí não apenas o fundamento jurídico-constitucional, mas especialmente as hipóteses em que a regra de inviolabilidade domiciliar poderá ser eventualmente mitigada em benefício de bens jurídicos de estatura superior: a) com o consentimento do morador; b) em caso de flagrante delito; c) em caso de desastre; d) para o fim de prestar socorro; e) em decorrência de ordem judicial, durante o dia.

Obtido o consentimento do morador a busca poderá ocorrer em qualquer momento, seja durante o dia, seja durante o descanso noturno.

Na defesa extremada da inviolabilidade domiciliar, AURY LOPES JR. (op. cit., p. 711) defende em um primeiro momento que “a busca domiciliar somente poderá ser realizada mediante mandado judicial, sob pena de incorrer a autoridade policial no crime de abuso de autoridade (Lei 4.898) e ser o resultado considerado prova ilícita”, ressaltando exclusivamente a hipótese de flagrante de crime permanente, nos termos do art. 303, do CPP.

Entendemos a preocupação de AURY LOPES JR. ao negar importante parcela do direito de propriedade ao morador: parte do pressuposto de que toda ação policial é, por natureza, ilícita ou, ainda que não o fosse, que é passível de desconfiança prévia e, portanto, permanentemente dependente de prévia autorização judicial.

No entanto, levada ao extremo, essa tese não apenas inviabilizaria o trabalho de investigação criminal em muitas situações graves e relevantes, em que a obtenção do mandado judicial se apresenta inviável, seja pela distância, seja pelo tempo, seja pela ausência de meios de comunicação, dentre outros empecilhos, como também viola frontalmente o direito fundamental de propriedade, dentro

²⁷⁷ Nesse sentido, pode-se afirmar que não foi recepcionada a regra do Art. 241, do CPP que permitia que a autoridade policial realizasse busca domiciliar pessoalmente sem necessidade de expedição de mandado (RANGEL, 2010, p. 170), salvo na hipótese de consentimento expresso do proprietário. Do mesmo modo, em face do sistema acusatório e da exigência de fundamentação das decisões judiciais, entendemos que a autoridade judiciária não deve realizar busca pessoalmente e, ainda que fosse o caso, muito menos sem prévia expedição de mandado judicial.

do qual se encontra o de autorizar, ou negar, a entrada no domicílio de quem quer que seja, inclusive da polícia.

É preciso recordar que a ação da polícia judiciária visa à proteção de outros direitos e garantias fundamentais de igual ou maior valor e estatura jurídico-constitucional, o que não pode ser desprezado. A desconfiança em relação ao consentimento válido do morador, diante do conflito de interesses em jogo, poderia ser sanada pela assinatura de termo de consentimento com, no mínimo, duas testemunhas do povo.

A respeito desse tópico, importante notar que no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1521711/RS, (AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 03/09/2015), foi ressaltada admissibilidade do consentimento do morador na ementa publicada, bem como no voto vencido do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, *ipsis litteris*:

“[...] a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da ausência de obrigatoriedade de expedição de mandado de busca e apreensão para ingresso em domicílio, inclusive no período noturno, na hipótese de flagrante de crime permanente [...].

Cumpre ressaltar, porém, que incorre em nulidade a realização de busca domiciliar sem o respectivo mandado e **sem o consentimento do morador** se não demonstradas fundadas razões que a autorizem, nos termos do § 1º do artigo 240 do Código de Processo Penal, mediante a demonstração da presença de indícios suficientes da prática do delito e da situação de flagrância”.
(grifamos)

A prática de conduta ilícito-típica intradomiciliar revela a segunda das exceções em que o legislador constituinte entendeu pela primazia do interesse público em detrimento do interesse do particular. E há flagrante delito, para o efeito de legitimar a violação domiciliar, quando o sujeito está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, nos termos do art. 302, I e II, do Código de Processo Penal.

A hipótese do inciso II, do art. 302, do CPP tem relevância quando se considera a possibilidade da polícia estar interceptando telefônica ou telematicamente o investigado, com equipe de vigilância nos arredores do local da infração penal, e tem a confirmação de que acabou de cometer delito de natureza não-permanente, como o homicídio de um infante ou a transmissão de material de exploração sexual infantil. Nada justificaria que, diante do crime cometido há alguns instantes, a polícia deixasse de atuar imediatamente, mediante violação do domicílio, no aguardo de decisão judicial²⁷⁸.

278 Em sentido diverso, entendendo que somente autorizaria a violação domiciliar pela polícia a hipótese do inciso I: LOPES JR., *op. cit.*, p. 717.

Comunga deste entendimento ANTONIO SCARANCE FERNANDES (p. 317, 2005) para quem “nas duas primeiras hipóteses, é evidente a existência de flagrância, pois o agente ainda está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la e, nesta situação, é surpreendido e detido”.

Em tal situação, o que há é um conflito entre o direito à inviolabilidade domiciliar e o direito à vida de todos os que se beneficiam da proteção constitucional. Potencialmente, toda conduta ilícito-típica intradomiciliar pode resultar em ataque à vida e não é razoável exigir que a polícia aguarde ordem judicial para proteger o que há de mais caro, em termos de bens jurídicos, sem a qual nenhum outro subsiste.

As exceções de desastre e de necessidade de prestação de socorro não guardam relação direta com a diligência de busca processual penal, para o fim de autorizar violação domiciliar, motivo pelo qual não serão objeto de maiores comentários.

Por fim, no tocante à ordem judicial para mitigar a inviolabilidade domiciliar, caracteriza-se por depender do conceito de dia para o fim de ser executada.

Em relação ao conceito de dia, uma vez mais divergimos de AURY LOPES JR. (*op. cit.*, p. 721), uma vez que na atividade policial não há matemática suficiente para abarcar todas as situações da vida. Nada obstante comunguemos do entendimento de que, regra geral, deve compreender como se iniciado às 6 horas da manhã, a realidade é que situações há em que mesmo às 4 horas da manhã, em alguns lugares deste país-continente, o dia já amanheceu e às 5 horas já não há mais pessoas ou evidências no local. Seguindo-se à risca o relógio, muitas das diligências se tornariam infrutíferas ou inúteis, em prejuízo da verdade material ou, muito mais grave, da vida do próprio agente estatal executor do mandado.

Assim, é imprescindível aplicar-se o bom senso e, excepcionalmente, admitir o critério da luz do dia, mormente naquelas situações em que são executados mandados judiciais simultâneos em diferentes Estados da federação, envolvendo associações ou organizações criminosas.

Diante das garantias constitucionais expostas, a execução de uma busca domiciliar decorrente de ordem judicial deve observar alguns requisitos legais, sem o quais restará invalidada para o fim de servir como meio de prova no processo penal. São elas:

- a) Existência de fundadas razões (Art. 240, §1º, do CPP);
- b) Ordem judicial fundamentada e por escrito (Art. 5º, XI, da CF/88 e Art. 243, III, do CPP);
- c) Indicação do local onde deverá ser executada, com a maior precisão possível, se possível com o nome do proprietário ou do morador, não sendo admitidos mandados genéricos (Art. 243, I, do CPP);

- d) Menção aos motivos e aos fins da diligência (Art. 243, II, do CPP); Cumprimento durante o dia, exceto se o acesso noturno for autorizado pelo morador (Art. 5º, XI, da CF/88);
- e) Uso de força contra coisas, apenas excepcionalmente, em caso de desobediência ou de ausência de qualquer pessoa no local (Art. 245, §§3º e 4º, do CPP).

2.3.1 Conceito de domicílio e inviolabilidade domiciliar

Mas o que seria o domicílio para o fim de aplicação das exceções constitucionais a sua inviolabilidade? O Código Civil define o domicílio da pessoa natural, no art. 70, como sendo “o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. Inclui no conceito o local de trabalho (Art. 72) e o lugar onde for encontrada, para quem não tiver residência habitual (Art. 73).

Poderia ser incluído nesse conceito o quarto de hotel onde o investigado esteja hospedado temporariamente? A resposta a essa questão passa necessariamente pela compreensão da extensão da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Se o quarto de hotel não estivesse enquadrado no conceito de domicílio, simplesmente qualquer pessoa poderia entrar no local, independentemente da vontade do locatário.

A proteção constitucional deve, pois, abranger todo e qualquer local onde a pessoa natural se encontre, ainda que temporariamente, com o intuito de exercer seu descanso noturno e durante o período em que seus bens lá estejam guardados.

Aliás, a Lei 11.771/2008, com o objetivo de não deixar qualquer margem a interpretações divergentes, disciplinou a questão no art. 23, quando afirmou que os meios de hospedagem seriam todos os “empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede”.

No julgamento do RHC 90376, abaixo colacionado, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar a respeito da amplitude do conceito de domicílio para o fim da proteção jurídica do art. 5º, XI, da Constituição Federal:

[...] Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a

prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF) [...] (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

Uma vez considerado como domicílio, passa o quarto de hotel e outros locais similares a terem a proteção constitucional excepcionada exclusivamente por ordem judicial, durante o dia, ou a qualquer tempo, em razão de flagrante delito ou do consentimento expresso do morador.

3. BUSCA E APREENSÃO VIRTUAL

3.1 Um novo domicílio na era digital?

A ideia de um conceito de domicílio abrangente, defendido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, permite que passemos a indagar a respeito de hipóteses menos convencionais.

Com o advento da rede mundial de computadores, toda uma nova gama de relações foi sendo criada, podendo-se mesmo falar em uma realidade virtual, com pessoas vivenciando uma vida fora da rede e outra dentro da rede.

E essa possibilidade de viver dentro de uma realidade virtual nos remete, imediatamente, para a famosa trilogia das irmãs Wachowski, *The Matrix*. No primeiro volume, Thomas A. Anderson, hacker conhecido como Neo e interpretado por Keanu Reeves, é um programador em uma respeitável empresa de software até que é encontrado pela realidade de Morpheus e Trinity. Neo, que vivia a realidade da Matrix precisa, então, escolher entre a pílula vermelha e a azul. Ao escolher a vermelha, Neo é arrancado dolorosamente da Matrix e apresentado ao “deserto do real”. Mas o que é a realidade?

Em um dos diálogos da trama, Cypher discute com Trinity acerca do arrependimento que teve em escolher a pílula vermelha, pois a realidade da Matrix seria muito melhor, um mundo de perfeição. Trinity discorda, “A Matrix não é real”, ao passo que Cypher responde nos seguintes termos: “*Eu discordo, Trinity. Acho que a Matriz pode ser mais real do que este mundo. Só o que faço aqui é apertar alguns plugues. Mas lá, você tem de ver Apoc morrer*” (LAWLER, 2003, p. 172).

Fora da grande tela, os chamados Mundos Virtuais, cujo exemplo mais famoso é o jogo *World of Warcraft* (WoW), considerado um MMORPG (*Massive MultiPlayer Online Role-Playing Game*), onde cada usuário possui o próprio avatar com talentos e habilidades específicas, já teve mais de 100 milhões de

contas criadas desde que foi criado em 2004, pela empresa Blizzard. Dentre as várias repercussões no mundo real, citamos a venda de itens obtidos dentro do jogo por dinheiro real, havendo notícia (JIMENEZ, 2007) da venda de uma conta por cinco mil libras esterlinas (o equivalente a €7000 ou US\$9,900 na época) no começo de setembro de 2007²⁷⁹.

Exemplos mais próximos da vida real podem ser encontrados em jogos como The Sims (www.thesims.com), que simula uma vida privada, o qual já vendeu mais de 175 milhões de cópias no mundo (THE Sims, 2016), e Second Life, mundo virtual online, desenvolvido pela empresa Linden Lab, lançado em 2003, contando com aproximadamente 1 milhão de usuários ativos e que não tem um objetivo definido, exceto a interação entre seus usuários (SECOND Life, 2016).

Com a interface neural, aparelho conectado ao crânio aplicando eletricidades em regiões específicas do cérebro, o estreito limiar entre a realidade física e a realidade virtual poderia ser ultrapassado, com a manipulação dos sentidos, criando-se cenários efetivamente reais para o usuário final (GARATTONI, 2015).

Em todos esses casos, notamos que há efetivamente uma nova realidade virtual ou digital, em decorrência da qual os cidadãos estão criando novas residências, onde guardam informações, vestígios ou evidências que podem, ou não, ser úteis para a descoberta da verdade material no curso de um processo penal. O novo desafio consiste em compreender a ideia de evidências digitais preservadas em domicílios virtuais. Nunca pareceu tão atual o brocardo latino *ubi societas, ibi jus*.

3.2. Evidências digitais

Tradicionalmente, evidências ou vestígios – aqui entendidos como sinônimo de rastro ou traço deixado pelo delito e que, em geral, ainda que não se confundam, tampouco tenham a mesma natureza jurídica, apoiam a conclusão pela existência, ou não, de indícios de materialidade delitiva²⁸⁰, – são encontrados em formato físico ou material, como documentos ou testemunhos reduzidos a escrito, que podem ser facilmente coletados e preservados em recipientes físicos.

Com o advento da era digital, a persecução criminal²⁸¹ passou a lidar com um

279 Segundo a reportagem da BBC, o alto preço foi devido ao avatar possuir itens raros, decorrente da grande dificuldade em obtê-los. Sabe-se, porém, que a conta foi banida pela empresa Blizzard apenas cinco dias após a compra, uma vez que viola regra do jogo.

280 CPP, Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

281 Ainda em 2007, a China já havia iniciado um processo de monitoramento virtual incluindo o policiamento virtual (G1, 2007), ao passo que o Japão, em 2013, já se preparava para bloquear serviços que permitem o uso anônimo da rede mundial de computadores

novo formato de tais evidências, representadas em linguagem computacional. Exemplos de evidências digitais incluem: “[...] GPS data showing when and where kidnapping victims have travelled; voice calls, e-mails, and chat messages indicating criminal intent; and financial records revealing the proceeds of fraud.”²⁸² (CAUTHEN, 2014).

Aliás, com a virtualização de documentos, áudios, vídeos, praticamente toda e qualquer diligência policial de busca domiciliar, o que inclui busca em empresas, termina por se deparar com evidências digitais, como aquelas que são coletadas em pendrives, computadores do tipo desktop, tablets, smartphones, independentemente da área de investigação criminal, o que tem provocado excessivo acúmulo de serviço para o setor de perícias de informática em todas as partes do mundo, incapaz de analisar os dados no tempo exigido pela investigação criminal.

Segundo CAUTHEN (*Idem*), as leis dos EUA foram adaptadas nos anos 80 para atender a necessidade de buscas em servidores de correio eletrônico e em domínios de internet, onde não havia um dispositivo físico para ser apreendido, ficando o provedor do serviço na internet responsável pela busca direta e posterior entrega das evidências para os agentes estatais.

Ocorre que com o progressivo avanço das novas tecnologias de informação e comunicação, as evidências digitais gradativamente avançam para um novo campo, não mais permanecem armazenadas em dispositivos computacionais visíveis, tampouco em formatos compreensíveis para a leitura humana, como se estivessem organizados em pastas e arquivos, mas migram para o que se convencionou chamar de “nuvem computacional”.

3.3 Nuvem computacional

O conceito de nuvem computacional foi cunhado para demonstrar ao mesmo tempo um serviço de armazenamento de dados, distinto da rede doméstica ou corporativa, que possa estar localizado, basicamente, em qualquer lugar da Internet, além de indicar o próprio local onde tais dados se encontram. Segundo o National Institute of Standards and Technology (NIST) (Mell & Grance, 2011):

Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction.²⁸³

(BARBOSA, 2013), o que indica que a realidade virtual tem sim repercussão na vida real.

282 Tradução livre: “[...] dados de GPS mostrando quando e onde vítimas de sequestro viajaram; chamadas de voz, emails e mensagens de conversas privadas indicando intenção criminal; e registros financeiros revelando os produtos da fraude”.

283 Tradução livre: “Computação na nuvem é um modelo para permitir acesso ubíquo, conveniente, de rede sob demanda, a um pool compartilhado de recursos de computação configuráveis (por exemplo, redes, servidores, armazenamento, aplicações e serviços) que podem ser rapidamente fornecidos e liberados com esforço de gerenciamento mínimo ou

O serviço de computação na nuvem libera o contratante da preocupação com o gerenciamento da infraestrutura tecnológica, contratação de servidores e configuração de redes e facilita o acesso a servidores, armazenamento, bancos de dados e a serviços de aplicativo pela Internet. Dada a peculiaridade desse serviço, o usuário que o contrata desconhece, por padrão, onde seus arquivos estarão armazenados, restringindo-se a alugar o espaço do provedor e aproveitar a ubiquidade da informação a partir de qualquer lugar com acesso à Internet.

São exemplos de provedores que fornecem serviços na nuvem as empresas Apple, com o iCloud <www.icloud.com>, a Microsoft, com o OneDrive <www.onedrive.com>, a Dropbox inc. com o respectivo serviço homônimo <www.dropbox.com>, dentre muitos outros. As próprias empresas Facebook <www.facebook.com> e Google <www.gmail.com> fornecem serviços ou aplicações que funcionam na nuvem computacional, uma vez que o acesso ao conteúdo pode ocorrer em diferentes dispositivos e a partir de distintas plataformas.

Há ainda empresas que oferecem serviços de computação na nuvem, como, por exemplo, a Amazon, Inc, com o Amazon Web Services (AWS) <www.aws.amazon.com> e a Google <<https://cloud.google.com>>. No Brasil, podemos citar a empresa Locaweb <<http://www.locaweb.com.br/cloud/cloud-server-pro/>> como uma das que oferecem serviços de computação na nuvem.

Para a proposta deste estudo, consideramos tanto o cenário de serviços na nuvem que permitem o armazenamento de arquivos, evidências digitais, de interesse da persecução criminal, como uso de infraestrutura de computação em nuvem que demandam busca e apreensão virtual.

3.4. Busca e Apreensão durante a investigação criminal cibernética

No curso de investigações de crimes cibernéticos, a polícia judiciária pode se deparar com casos em que, para o fim de evitar o acesso a seus documentos, o suspeito carrega-os para uma conta em um mundo virtual, em um armazenador de arquivos online ou em qualquer lugar na chamada nuvem computacional.

Ao chegar ao endereço físico do suspeito, a polícia judiciária poderá não encontrar nada, pois todo o material estará armazenado em provedores de aplicações de internet localizados em qualquer lugar do mundo.

Partindo-se de um conceito de domicílio físico como único possível em uma realidade tradicional, nada restará ao processo penal se não admitir a sua incapacidade de se adaptar às mudanças que a tecnologia promove na tessitura social e permitir que o crime seja a regra, diante da impossibilidade de obtenção de documentos, áudios, vídeos e as mais diferentes provas a serem obtidas quando armazenadas em locais sem qualquer relação diplomática com o país interessado.

interação do provedor de serviço.”

A ausência de fronteiras geográficas como característica essencial da Internet e a facilidade de ocultação que as novas tecnologias disponibilizaram mesmo ao usuário comum, sem grandes habilidades informáticas, muitas vezes gratuitamente, torna plenamente factível a ideia de proliferação de paraísos criminais em todo o globo terrestre. Acrescenta-se a essas dificuldades a possibilidade do material estar criptografado com chave unicamente em poder do contratante do serviço, tornando-o inacessível mesmo após ultrapassada a fase de sua localização na nuvem.

CRANE (2015) compartilha dessas preocupações e traz outras questões quando reconhece que:

The one problem in all this is that the location of the computer can't always be known. Criminals use Tor and other anonymizing software to deliberately disguise their IP addresses and locations. Another problem is investigating botnets where large numbers of computers are spread over multiple districts, making it inconvenient to obtain search warrants from judges in each district.²⁸⁴

O Código de Processo Penal brasileiro, no entanto, admite, no art. 3º, a “interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Já sabemos, também, que o conceito de domicílio deve ser interpretado de forma ampla, não se restringindo à definição do Código Civil. Parece-nos razoável entender, nessa linha de pensamento, que dentro do conceito de domicílio deve ser incluído o domicílio virtual.

E o que seria esse domicílio virtual? Considerando o disposto no Art. 70 do Código Civil, tratado no tópico 2.3.1, é possível, por analogia, compreender que abrange o local de internet. A extensão da propriedade, pois, alcança não apenas tudo aquilo que se encontra no mundo físico, mas também o que quer que se relacione com a identidade virtual do cidadão.

Recente decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos passou a permitir o acesso virtual de órgãos de investigação criminal daquele país, o que inclui o FBI, a ICE e a DEA, dentre outras agências, a qualquer computador, independentemente de sua localização física (MELO, 2016), o que poderá ser realizada de forma remota, inclusive em computadores sem localização conhecida, como ocorre com as chamadas botnets.

284 Tradução livre: “O problema em tudo isto é que a localização do computador nem sempre pode ser conhecida. Os criminosos usam Tor e outros softwares de ocultação para disfarçar deliberadamente os respectivos endereços IP e localizações. Outro problema está na investigação de *botnets*, onde um grande número de computadores estão distribuídos por vários distritos, tornando-se inconveniente obter mandados de busca dos juízes de cada distrito.”

3.4.1. Armazenamento de material ilícito na nuvem: questões para debate

Durante a investigação criminal, obtido o mandado de busca e apreensão, é possível que ao chegar no domicílio físico, a autoridade policial ou seus agentes, deparem-se com um computador, *tablet* ou *smartphone* conectado a uma aplicação de internet que disponibilize serviço de armazenamento de arquivo na nuvem. Seria possível o acesso a tais arquivos?

Entendendo-se que a extensão do domicílio abrange o *domicílio virtual*, entendido aqui, apenas para fins didáticos, como a extensão do domicílio físico em uma dada rede computacional (ou local de internet), onde o indivíduo exerce algum direito de posse ou de propriedade, a resposta afirmativa se impõe.

Seria até mesmo estranho se, observando-se o armazenamento de arquivos de interesse processual e de posse de mandado judicial para a busca e apreensão de tais arquivos, a autoridade policial fechasse os olhos e restringisse sua ação como se nada ali houvesse. Para tal conduta, comissiva por omissão, o Código Penal prevê no art. 319, o crime de prevaricação.

Outras situações, todavia, advém da ampliação do conceito de domicílio, de modo a que passe a abarcar o domicílio virtual. Suponhamos que, na mesma situação hipotética, a autoridade policial não encontre o material aberto no computador, mas tenha informações fidedignas de que o material se encontrava em uma conta online sob a proteção da senha do investigado. Digamos, ainda, que durante a busca encontre apenas um arquivo ou aplicativo contendo as senhas de acesso e respectivos usuários, bem como o local de internet onde possa ser localizado.

A obtenção do material objeto do mandado de busca e apreensão dependeria de acessar o computador, *tablet* ou *smartphone*, inserir usuário e senha e, em seguida, acessar seu conteúdo. Seria possível tal conduta ou o acesso ao material na nuvem estaria protegido pelo fato de não estar imediatamente disponível?

Para responder a tal questão, podemos fazer a analogia com o acesso a um cofre que esteja no mesmo local. Esteja o cofre aberto ou fechado, o mandado de busca e apreensão autoriza o acesso àquele, ainda que de forma genérica. Em algumas oportunidades, a abertura do cofre ocorre de modo simples e direto, com obtenção do código de acesso; em outras, ocorre de modo forçado contra o objeto (e nunca contra a pessoa), caso em que o proprietário se recusa a fornecer a senha de acesso.

Em quaisquer dos casos, o que diferencia o acesso ao cofre na residência objeto da busca do acesso ao local de internet, ambos protegidos por senha? Parece-nos que a diferença essencial se restringe ao fato do cofre estar localizado fisicamente na residência e nada mais. O morador fez uma escolha e decidiu guardar a mesma informação ora em um local físico, ora em um local acessível por meio da rede mundial de computadores.

O que ocorre no mundo virtual, em essência, muito pouco ou quase nada se distingue do que ocorre no mundo material. Caso a posse do material localizado no ambiente físico esteja prevista em lei como crime permanente, como atualmente ocorre com arquivos que contenham cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças ou adolescentes, nos termos do art. 241-B, da Lei 8.069/90, a prisão em flagrante delito é consequência que se impõe.

Por que seria diferente se durante a busca, uma vez na residência ou no local de trabalho, fosse localizado o mesmo material armazenado em local de internet acessível a qualquer tempo e de qualquer lugar, ou seja, na nuvem computacional?

Uma vez que o armazenamento de material de exploração sexual infantil seja crime permanente, não importa se o local onde se encontre seja físico ou virtual. Quem quer que tenha acesso à chave do cofre no local de Internet está virtualmente sujeito à prisão em flagrante, uma vez comprovada o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, posto que é a chave do cofre que vai definir quem tem a posse virtual.

Extraí-se do conceito de posse virtual o fato de que quem está armazenando o material ilícito o faz de forma permanente e, portanto, encontra-se em flagrante delito. Nesse caso, seria possível o acesso a sua residência física em decorrência da certeza do armazenamento virtual?

Ainda que armazenamento virtual de determinado arquivo na nuvem fosse crime permanente, tal conduta somente pode autorizar o acesso ao domicílio virtual do suspeito e não ao domicílio físico ou material. Fundamenta esse entendimento o fato de que a legitimidade para acessar o domicílio físico, no caso de flagrante delito, encontra-se na localização física do que é buscado. Se a certeza que se tem é a de que o material ilícito encontra-se em local de internet (virtual), não faz o menor sentido a restrição do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio físico.

A mera suspeita de que o material ilícito também possa estar armazenado em domicílio físico é suficiente apenas para a representação policial pela expedição de mandado de busca e apreensão material. Eventual acesso ao domicílio físico do suspeito sem mandado judicial, ou expresso consentimento do morador, pode caracterizar abuso de autoridade e a prova dali decorrente ser considerada imprestável por ilicitude.

E se o acesso ao material ilícito pela autoridade policial ocorrer durante o interrogatório policial, após o comparecimento voluntário do suspeito e em decorrência do fornecimento da senha de acesso ao local de internet? Seria possível a prisão em flagrante delito? Entendemos que sim, uma vez que enquanto o material estiver armazenado virtualmente, haverá flagrante delito, pois não terá cessado a permanência, conforme art. 303, do CPP, o qual poderá

ser executado em qualquer horário e lugar em que se encontre o responsável pela conduta ilícito-típica.

3.4.2 Cadeia de custódia

Antes mesmo do acesso ao material ilícito na nuvem computacional, uma preocupação que deve ser permanente e fazer parte do planejamento operacional, refere-se à questão da preservação da cadeia de custódia da prova a ser obtida.

De nada adiantaria todo o trabalho de obtenção da materialidade delitiva na fase da investigação criminal se, posteriormente, quando da eventual apresentação dos elementos informativos ou de evidências digitais, não fosse possível comprovar a metodologia utilizada na coleta, dando garantia ao magistrado da licitude e legitimidade do procedimento, bem como visando a evitar alegações de manipulações indevidas, em prejuízo da defesa, ou mesmo da acusação em juízo.

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo o HC 160.662-RJ, impetrado em decorrência da operação da Polícia Federal denominada “Negócio da China”, que investigou a participação do grupo CASA & VIDEO e que resultou na denúncia de 14 indiciados por crimes de associação criminosa e contrabando, bem como lavagem de ativos, sobre o tema da cadeia de custódia, assim se manifestou:

“[...] XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.”

A comprovação da legitimidade e do método de acesso poderão ser realizadas tanto por meio de testemunhas do povo, que assistiram a ação policial de busca virtual, quanto por meio de aplicativos especificamente desenvolvidos para a gravação das ações na tela do computador, como é o caso do aplicativo FastStone²⁸⁵. Acrescenta-se a tais métodos, a gravação do conteúdo apreendido em mídia ótica ou magnética, com verificação da integridade por meio da função de resumo conhecida como “hash” (CERT.br, 2012), sendo que atualmente os dois principais algoritmos de hash utilizados são o MD5 e SHA-1 (KUROSE; ROSS, p. 509). É possível, ainda, a impressão do conteúdo e a fotografia da tela

285 O aplicativo permite capturar o que se passa na tela do computador, inclusive gravar vídeos e sons de arquivos de vídeos, e está disponível em:< <http://www.faststone.org/>>. Acesso em: 27.abr.2016.

do computador, com uso de máquina fotográfica convencional ou digital, dentre outras técnicas disponíveis.

Importa que a ação seja devidamente documentada, deixando pouca margem para dúvidas quanto à legitimidade e idoneidade do procedimento, preferencialmente realizada pelo “menor número de custódios possível e a menor manipulação do material” (LOPES JR.; MORAIS DA ROSA, 2015), observando-se os princípios da “mesmidade” e da “desconfiança” (PRADO, 2014).

3.4.3 Acesso ao conteúdo de aplicação na nuvem: EUA x Brasil

Nos Estados Unidos há duas regras para autorização de mandados em buscas criminais, sendo a primeira a *Rule 41*, do *Federal Rules of Criminal Procedure*²⁸⁶, que disciplina a busca e apreensão em geral e atende um local singular; a outra regra, disciplinada no 18. U. S. C. §2703 - *Required disclosure of customer communications or records*²⁸⁷, refere-se a conteúdo de comunicações eletrônicas ou sem fio em armazenamento eletrônico, ao mesmo conteúdo em um serviço de computação remota e a registros relativos a serviços de comunicações eletrônicas ou de serviço de computação remota, e permite que um juiz autorize um mandado especificamente para alcançar provedores de serviços na nuvem, inclusive se eventualmente localizados em um outro distrito (CAUTHEN, *op. cit.*).

No Brasil, o Código de Processo Penal disciplina o mandado de busca e apreensão, como já visto na primeira parte deste estudo. Por outro lado, para as hipóteses que envolvem o acesso ao material sob a guarda de provedores de aplicações na internet, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet parece ser o dispositivo legislativo mais adequado, conforme expressa autorização do §2º, do Art. 10, que regula o fornecimento de conteúdo das comunicações privadas mediante ordem judicial.

Não deve ser confundido o acesso ao conteúdo na nuvem, hipótese de busca e apreensão virtual, com a interceptação de comunicações telemáticas, objeto da Lei nº 9296/96. No primeiro caso, busca-se material armazenado de forma estática; ao passo que no segundo, o conteúdo é dinâmico e precisa ser recolhido em tempo real.

Entendemos que, com base nos dispositivos do Marco Civil da Internet, o acesso ao conteúdo armazenado em aplicação de internet, a partir da perspectiva

286 A *Rule 41* pode ser consultada em: < www.uscourts.gov/file/document/rules-criminal-procedure>. Acesso em: 24.abr.2016.

287 O texto integral do 18. U. S. C. §2703 - *Required disclosure of customer communications or records* pode ser lido em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2703>>. Acesso em 24.abr.2016.

da polícia judiciária no Brasil, pode ocorrer por três meios: a) diretamente; b) por intermédio do responsável pela identidade ou conta virtual; c) por intermédio do provedor de aplicação de internet, mediante mandado judicial, o que será objeto de breve descrição a seguir.

3.4.3.1 Acesso direto pela polícia judiciária ao conteúdo de aplicação de internet

O acesso direto pode decorrer tanto da entrega legítima da informação pelo investigado quanto do uso de técnicas especiais de investigação, a partir das quais a polícia judiciária, em regra, vem a obter o código de acesso ao material na nuvem e a utiliza como decorrência de seu múnus constitucional (art. 144, da Constituição Federal de 1988).

No caso de investigações que envolvem invasões de redes, por exemplo, podem ser obtidos pela polícia judiciária: livros de endereços, listas de contatos, arquivos de configuração, e-mails, programas executáveis, logs de atividade na Internet, endereços IP, registros de IRC, códigos fonte, arquivos de texto, documentos com nomes de usuários e senhas.

Uma das formas de se obter a referida senha ou código de acesso é por meio de ataque de força bruta, utilizando aplicativo com capacidade de realizar milhões de tentativas consecutivas de acesso, a partir de um dicionário de possibilidades.

O uso de *honeypots*, máquinas programadas para agir como computadores normais com o propósito explícito de serem infectadas, são meios úteis para a obtenção de informações estratégicas ou sensíveis do atacante ou suspeito.

Podem também ser citadas, dentre as diversas técnicas disponíveis: engenharia social (chamada “estória-cobertura” no jargão policial tradicional), colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, interceptação telemática, ação controlada virtual, infiltração policial cibernética, quando envolver organização criminosa em fóruns virtuais ou na própria *Deep Web*²⁸⁸, nos termos da Lei 12.850, de 2013, e ainda o uso de *malwares*, aplicações especialmente preparadas para aproveitar falhas de segurança do sistema computacional do investigado.

Em quaisquer dos casos, permanece sempre vigente a possibilidade da autoridade policial diretamente, ou por intermédio de seus agentes, depararem-se com conteúdo protegido pela cláusula constitucional de intimidade ou privacidade. Referida cláusula serve como verdadeiro freio de arrumação, limite de atuação, que separa a investigação criminal constitucional, daquela imprestável ao fim a que se destina, de realização da segurança pública.

288 A polícia federal já obteve sucesso em investigações cibernéticas, inclusive na *Deep Web* (a chamada Internet profunda, ou seja, tudo aquilo que não se encontrado indexado pelos mecanismos de busca tradicionais disponíveis na Internet), com uso de técnicas especiais de investigação, a exemplo do resultado obtido com a operação Darknet (ANPF, 2014).

Em matéria de investigação criminal, os fins não podem justificar os meios, exceto se para a defesa imediata e urgente da vida, com prejuízo necessário à obtenção da verdade processual. Deste modo, entendemos que o acesso direto, quando decorrente de ação investigativa da própria autoridade policial, deve ser sempre precedida de autorização judicial, sob pena de inviabilidade da prova penal para a acusação. Permanece válida, no entanto, caso seja de interesse da defesa.

Um questionamento que poderia ser feito seria quanto à questão da competência territorial, uma vez que, em tese, o material pode não estar localizado na jurisdição do juiz que autorizou a busca. Sem prejuízo do respeito aos acordos internacionais vigentes sobre a questão, em especial o MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*), e sem maiores aprofundamentos, há pelo menos três pontos que devem ser observados para qualquer discussão séria sobre esse tema.

O primeiro, de natureza contratual. A empresa que forneceu o serviço na nuvem realizou um contrato com o usuário que permite que este acesse o conteúdo em qualquer lugar do mundo e o contrato não pode servir para menoscabar das leis do país de origem, mormente quando foi assinado e tem efeitos jurídicos neste.

Um segundo ponto é que não há informação segura quanto à localização geográfica do material objeto da busca, o qual, inclusive, pode estar em formato de base de dados relacional (CUTHEEN, *op. cit.*), e desse modo, parcialmente localizado em diversas jurisdições em distintos países simultaneamente, tornando de difícil aplicação até mesmo o MLAT.

Por fim, o art. 11, do Marco Civil da Internet expressamente previu regras de soberania nacional que precisam ser consideradas no que concerne ao respeito à legislação brasileira mesmo quando a pessoa jurídica fornecedora do serviço tenha sede no exterior²⁸⁹.

Outrossim, quando o investigado entrega de forma legítima a informação à autoridade policial, inclusive no interesse de comprovar que não tem qualquer relação com os fatos investigados, nada obstante seja prudente formalizar a entrega, entendemos que a polícia judiciária fica legitimada a realizar o acesso direto ao “cofre virtual”, da mesma forma que o faria se o investigado fornecesse a chave de sua residência para a busca.

289 Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

3.4.3.2 Acesso indireto pela polícia judiciária e autorização de uso de identidade virtual

Na hipótese de consentimento do responsável pela identidade virtual ou cofre virtual, a autoridade policial poderá ter acesso ao local de internet, independentemente de autorização judicial.

Sob a perspectiva da vítima, seria o caso, por exemplo, desta informar que recebeu um correio eletrônico com possível *malware* anexado. A solicitação de autorização pode restringir-se à entrega do próprio *malware* obtido ou do HD onde aquele eventualmente tenha se armazenado, para que a perícia criminal realizasse análise física, colheita do vírus e eventual engenharia reversa para a identificação do criador. No primeiro caso, o acesso teria sido feito de forma indireta, ao passo que em decorrência da entrega do HD, o acesso continua sendo direto.

O que ocorreria, no entanto, se o fornecimento do *malware* por parte da vítima (e quaisquer outros materiais associados àquele) tivesse sido consequência da obtenção da senha de acesso ao domínio do autor do *malware*, seja em decorrência de falha na configuração, seja por descoberta de uma senha simples?

Se a própria vítima acessa o domínio do criador do *malware* e entrega à polícia todo o material obtido, continua-se a em acesso indireto. Por outro lado, a vítima poderia entregar apenas a senha que obteve e aí o acesso ao domínio do criador do *malware* somente ocorreria diretamente pela polícia judiciária.

Neste último caso, poderia a polícia realizar o acesso direto ao domínio do autor do *malware*, com base na chave fornecida pela vítima? Seria possível a aplicação do art. 302, do Código de Processo Penal, considerando-se que o crime acabou de ser cometido?

É preciso considerar-se a possibilidade de que o material encontrado no domínio do infrator na rede mundial de computador contenha elementos suficientes à identificação da autoria delitiva. Imediatamente, a polícia judiciária poderia obter mandado de prisão (caso entenda que não se encontra em flagrante delito) e de busca e apreensão, seja física, seja virtual.

Há situações outras em que o próprio investigado, diante da impossibilidade de evitar as consequências da ação investigativa da polícia, mormente quando já foram obtidos elementos suficientes para a sua responsabilização criminal, opta pela entrega do código de acesso ao conteúdo armazenado na nuvem, podendo ser beneficiado pelas disposições do art. 16 e art. 59, ambos do Código Penal, bem como da colaboração premiada, prevista no art. 4º e seguintes, da Lei 12.830, de 2013²⁹⁰.

290 Art. 4º: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...]”

Além de entregar o conteúdo diretamente, o investigado pode fornecer seu código de acesso à identidade virtual que possui na rede. Neste caso, há expressa e formal autorização quanto ao uso daquela pela polícia judiciária, a partir da qual poderão ser identificadas outras pessoas integrantes de organização criminosa com atuação na rede mundial de computadores e, inclusive, na *Deep Web*, com as quais o investigado mantivesse eventual contato.

O acesso indireto com auxílio do investigado ocorre, pois, quando este, diretamente, colhe as evidências existentes no local de internet e as entrega no formato requerido pela autoridade policial.

3.4.3.3 Execução de MBA virtual como modalidade de acesso indireto

A última modalidade de acesso indireto é a mais comum e ocorre sempre que seja solicitado ao provedor de aplicação de internet a entrega do conteúdo integral da conta ou cofre virtual, seja este um correio eletrônico, seja um “cofre virtual”, seja um fórum ou comunidade na Internet.

Referido acesso pela polícia judiciária sempre deverá ser precedido de autorização judicial como decorrência do direito fundamental à intimidade e privacidade previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

O Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 2014, passou a regulamentar a entrega desse material em poder do provedor de aplicação de internet por meio do art. 10, §2º, que o restringiu à prévia autorização judicial, devendo ser obedecidas as leis brasileiras mesmo quando se tratar de material armazenado no exterior, desde que a empresa estrangeira responsável pela custódia tenha representação no país²⁹¹.

Nas hipóteses em que o conteúdo objeto da investigação esteja sob a custódia de empresa estrangeira sem representação no Brasil, a solução tradicional é o uso da ferramenta MLAT, com apoio do DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional), órgão do Ministério da Justiça e Autoridade Central do Brasil para a temática²⁹².

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca é medida de natureza mista, ora como medida cautelar, ora como meio de prova, que permite aos agentes estatais a obtenção ou colheita de vestígios, elementos indiciários, e até mesmo provas que poderão subsidiar

291 Sobre as regras de execução do mandado de busca e apreensão virtual quando a empresa estrangeira tem representação no Brasil ver a alínea A do item 3.4.2.

292 Exceto no caso de Canadá e Portugal, que passou a ser da responsabilidade da Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria Geral da República.

eventual ação penal, excluir suspeitas (e suspeitos), no interesse da defesa, bem como permitir a prisão de criminosos e a apreensão de vítimas de crimes. A apreensão pode, ou não, decorrer da busca, o que evidencia a distinção entre ambos os institutos.

A busca é meio de controle da ação estatal, seja na fase da investigação criminal, seja na fase judicial, garantindo a inviolabilidade domiciliar protegida constitucionalmente, exceto em situações extraordinárias, mediante crivo prévio do Poder Judiciário.

Referida medida, diante da era digital, precisa ser revisitada, uma vez que a virtualização da realidade aponta caminhos tortuosos para a investigação criminal, como um novo local de armazenamento de dados, aqui denominado domicílio virtual, extensão do domicílio físico, onde estarão evidências digitais que precisam ser buscadas e apreendidas.

O domicílio virtual encontra-se abrangido no conceito de domicílio adotado pelo Art. 70 do Código Civil, que abrange o local de internet, conforme entendemos neste estudo, como extensão da propriedade.

Inicialmente, as evidências digitais poderiam ser encontradas apenas em dispositivos físicos. As novas tecnologias de informação e comunicação, contudo, passaram a permitir o armazenamento de dados em locais invisíveis e desconhecidos ao próprio possuidor e em formatos não-compreensíveis para a leitura humana, na “nuvem computacional”.

Essa situação é uma realidade que precisa ser bem compreendida para que, no curso de investigações de crimes cibernéticos, a polícia judiciária possa continuar atuando mesmo quando o suspeito tenta ocultar evidências em mundos virtuais, seja em cofres virtuais, seja difusamente na nuvem computacional.

Extraí-se do conceito de posse virtual, ao seu turno, que o armazenamento de material ilícito de forma permanente pode encontrar-se em flagrante delito. Por outro lado, ainda que o armazenamento de algum material na nuvem venha a ser entendido como crime permanente, somente autoriza o acesso ao domicílio virtual do suspeito e não ao domicílio físico ou material.

A polícia judiciária deve buscar a qualidade da prova, mas também a de sua coleta, a adequada preservação e a forma de apresentação, objetivando garantir a integridade e legitimidade do processo penal.

Evidenciamos que o acesso à identidade virtual ou ao “cofre virtual” do suspeito poderá ocorrer diretamente pela autoridade policial, independentemente de mandado judicial, se houver crime permanente ou consentimento do responsável pela identidade ou conta virtual, ou com mandado judicial, nas demais hipóteses.

Quando o conteúdo da busca virtual estiver sob a custódia de empresa estrangeira sem representação no Brasil, a solução tradicional será o uso da

ferramenta MLAT, com apoio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Autoridade Central do país para esse tipo de medida.

Por fim, é importante notar que no futuro quando a *internet das coisas* (ASHTON, 1999)²⁹³ se tornar uma realidade usual, deverão surgir novas questões no campo da investigação criminal cibernética como, por exemplo, se ainda persiste sem exceção a validade da busca pessoal pela polícia sem prévia autorização judicial (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 385), uma vez que a nuvem estará no corpo e este poderá ser o corpo de delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA POLÍCIA FEDERAL. PF combate a disseminação de pornografia infantil pela Deep Web. ANPF, 15.10.2014. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2014/10/pf-combate-a-disseminacao-de-pornografia-infantil-pela-deep-web-no-rs>>. Acesso em: 25.abr.2016.
- ASHTON, Kevin. That ‘Internet of Things’ Thing: In the real world, things matter more than ideas. RFID Journal: 1999. Disponível em: <<http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986>>. Acesso em 23.abr.2016.
- BARBOSA, Cassio W. Polícia do Japão quer bloquear serviço que permite navegar anonimamente. Tecmundo. 22.abr.2013. Disponível em:< <http://www.tecmundo.com.br/internet/38856-policia-do-japao-quer-bloquear-servico-que-permite-navegar-anonimamente.htm>>. Acesso em: 16.abr.2016.
- CAUTHEN, John M. Executing Search Warrants in the Cloud. FBI Law Enforcement Bulletin: October, 2014. Disponível em: <<https://leb.fbi.gov/2014/october/executing-search-warrants-in-the-cloud>>. Acesso em: 23.abr.2016.
- CERT.BR. Cartilha de segurança para a internet. São Paulo: Comitê Gestor da Internet, 2012. Disponível em: < <http://cartilha.cert.br/livro/cartilha-seguranca-internet.pdf>>. Acesso em: 26.abr.2016.
- CRANE, Linda. The FBI’s request for single-warrant, remote computer searches: Examining the technical issues. Computer Science. Columbia University: 2015. Disponível em: < <http://www.cs.columbia.edu/2015/bellovin-rule41-comments/>>. Acesso em: 23.abr.2016.
- G1. Polícia virtual monitora internautas na China. 28.ago.2007. Disponível em:< <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL94874-6174,00-POLICIA+VIRTUAL+MONITORA+INTERNAUTAS+NA+CHINA.html>>. Acesso em: 16.abr.2016.
- GARATTONI, Bruno. Realidade virtual: é tudo verdade! atual. em 23.mai.2015. Superinteressante. São Paulo. maio. 2015. Disponível em: < <http://super.abril.com>.

293 O conceito de internet das coisas, do qual o Google Glass é um dos exemplos mais conhecidos, foi cunhado por Kevin Ashton, em 1999, quando da publicação do artigo “That ‘Internet of Things’ Thing: In the real world, things matter more than ideas”, no RFID Journal.

- br/tecnologia/realidade-virtual-e-tudo-verdade>. Acesso em: 16.abr.2016.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- JIMENEZ, Cristina Jimenez. “The high cost of playing Warcraft”. BBC. Reino Unido. 24.set.2007. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/technology/7007026.stm>>. Acesso em: 16.abr.2016.
- KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. Redes de computadores e a internet: uma abordagem top-down. trad.: Daniel Vieira. revisão técnica: Wagner Luiz Zucchi. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- LAWLER, James. Nós somos o “escolhido”! Kant explica como manipular a matriz. pp. 167-179. In: IRWIN, William (org.). Matrix: bem vindo ao deserto do real. São Paulo: Madras Editora, 2003.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Revista Consultor Jurídico, 16 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal> >. Acesso em: 30.abr.2016.
- MELO, João Ozorio de. Decisão permite ao FBI invadir computadores em qualquer lugar do mundo. Revista Consultor Jurídico, 3 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/fbi-invadir-computadores-qualquer-lugar-mundo>>. Acesso em: 03.mai.2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.
- PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17.
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 18. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. Processo penal constitucional. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SECOND Life. In: Wikipedia, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/The_Sims>. Acesso em: 16.abr.2016.
- SOUSA, Stenio Santos. Investigação criminal cibernética: por uma política criminal de proteção à criança e ao adolescente na internet. Porto Alegre: Núria Fábris, 2015.
- THE Sims. In: Wikipedia, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/The_Sims>. Acesso em: 16.abr.2016.
- TORNAGHI, Hélio. Compêndio de processo penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

Capítulo VI

BUSCA E APRRENSÃO EM CRIMES AMBIENTAIS

*Alexandre Silva Saraiva*²⁹⁴

Existe na sociedade moderna, e não é diferente nas mais diversas instituições policiais, uma tendência cada vez maior à especialização, de modo que a cada dia surgem novas unidades policiais “especializadas”. É uma resposta do Estado à sofisticação de modalidades criminosas desenvolvidas nos últimos anos. Essa estratégia estatal tem, de fato, ampla aceitação no meio policial, vez que, em geral, a produtividade de uma especializada, na repressão a determinado tipo de delito, é superior ao de uma unidade não especializada. O crime, como qualquer atividade humana, tem seus modos, métodos, idiossincrasias e linguajar próprio. De outra ponta, do lado do Estado, o aparato policial tende também a desenvolver estratégias próprias para o combate à criminalidade. O conhecimento do *modus operandi* das quadrilhas, do seu vocabulário específico e de outras particularidades é essencial para o sucesso da atividade persecutória no âmbito do inquérito policial.

De outro lado, é fundamental também o conhecimento da legislação aplicável, da doutrina e, bem assim, da jurisprudência. Desta forma, a figura do Delegado de Polícia tem a função de unir a experiência do cotidiano policial e a ciência jurídica. É através da atuação do Delegado que o Poder Judiciário é apresentado às dificuldades e vicissitudes do trabalho policial, bem como, da necessidade do deferimento das medidas investigativas que dependem de autorização judicial. Dentre essas medidas temos o Mandado de Busca e Apreensão, objeto deste artigo.

O Código de Processo Penal trata da “DA BUSCA E DA APREENSÃO” nos artigos 240 a 250. Entretanto, porque a atividade policial relativa aos crimes ambientais possui peculiaridades, o art. 25 da Lei nº 9.605/98 complementa, no que tange às questões de repressão à delinquência ambiental, o previsto no CPP. Vejamos:

294 - Delegado de Polícia Federal

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§1º Os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados. (Redação dada pela Lei nº 13.052, de 2014)

§2º Até que os animais sejam entregues às instituições mencionadas no §1º deste artigo, **o órgão autuante zelará para que eles sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico.** (Redação dada pela Lei nº 13.052, de 2014) (Grifos nossos)

§3º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes. (Renumerando do §2º para §3º pela Lei nº 13.052, de 2014)

§4º Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais. (Renumerando do §3º para §4º pela Lei nº 13.052, de 2014)

§5º Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem. (Renumerando do §4º para §5º pela Lei nº 13.052, de 2014)

Situações que merecem destaque podem surgir no procedimento de busca e apreensão em matéria de meio ambiente envolvendo crimes contra a fauna.

Com frequência, equipes policiais, independentemente da especialização e área de atuação, deparam-se com animais silvestres em cativeiro durante o cumprimento de mandados de busca. Exsurge nesse momento, para a equipe policial, o dever de atuar sem retardamentos sob pena de, eventualmente, incorrer no crime de prevaricação previsto no art. 319 do CP, caso se verifique a existência de interesse pessoal. Caso inexista interesse pessoal, de qualquer sorte, ficará sempre caracterizada a improbidade administrativa, conforme art. 11 da Lei 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;”

Infelizmente, muitas vezes animais silvestres deixam de ser apreendidos pelas equipes policiais em razão do ultrapassado e absurdo pensamento de que crimes contra o meio ambiente são insignificantes. O fato de o crime previsto no art. 29 da Lei 9.605/98 (“Manter animais silvestres em cativeiro sem autorização”) ser considerado um crime de menor potencial ofensivo não justifica a não realização dos procedimentos legais de apreensão e prisão.

A dúvida sobre a ilicitude de determinada conduta pode ocorrer em várias vertentes da atividade policial, uma vez que nem sempre é possível, no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão, ter absoluta certeza acerca da natureza ilícita das coisas encontradas.

Por vezes, vale a reflexão, é difícil atestar se o pó fino e branco encontrado é realmente o alcaloide benzoilmetilecgonina derivado do vegetal *Erythroxylum coca*, mas nem por isso deixa-se de conduzir o portador da substância suspeita para confirmação da suposição. Outros exemplos existem de dificuldade de se verificar *prima facie* a ilicitude: a falsificação refinada de um produto, a pirataria em programas de computador, a menoridade da vítima de pedofilia adolescente retratada em fotos ou filmagens. Em todos estes casos é natural que a equipe policial não tenha absoluta certeza da ilicitude da conduta do agente possuidor do material. Entretanto, em nenhuma das situações citadas, seria razoável deixar de conduzir o suspeito para a delegacia, já que presente a verossimilhança da suspeita. Assim, inconcebível menor cautela quando se tratar de crime contra o meio ambiente.

Se existe dúvida quanto a natureza do animal, se silvestre ou doméstico, que se busque a informação. Com a tecnologia de aplicativos e *smartphones* disponíveis, basta encaminhar uma foto a qualquer especialista para um juízo preliminar. Mas, mesmo que persista a dúvida, dadas as circunstâncias, persistirá também a obrigação inarredável de a equipe policial que efetua a busca promover a condução do suspeito (e provavelmente investigado, tendo em vista que contra ele foi deferido mandado de busca e apreensão) até a unidade de polícia judiciária mais próxima para que seja realizada perícia.

Ultrapassada essa questão, que a rigor nem deveria existir, será necessário saber se aquele animal encontrado é silvestre ou doméstico, uma vez que configura crime tão somente a posse irregular de animal silvestre.

A lei nº 9.605/98 assim conceitua animal silvestre:

§3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA editou em 31 de dezembro de 2014, a Instrução Normativa nº 23, que classifica os animais em quatro categorias: doméstico, silvestre, exótico e silvestre da fauna nativa, vejamos:

Art. 2º Para fins desta IN, entende-se por:

I - **animal doméstico**: todo animal que pertence a espécie que, por meio de processos históricos tradicionais e sistematizados de manejo ou melhoramento zootécnico,

apresenta características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, apresentando fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que o originou;
II **-animal silvestre**: espécime da fauna nativa ou exótica cujas características genóticas e fenotípicas não foram alteradas pelo manejo humano, mantendo correlação com os indivíduos atual ou historicamente presentes em ambiente natural, independentemente da ocorrência e fixação de eventual mutação ou características fenotípicas artificialmente selecionadas, mas que não se fixe por gerações de forma a incorrer em isolamento reprodutivo com a espécie original;

III **-animal exótico**: todo animal pertencente a espécie ou subespécie cuja distribuição geográfica original não inclui o território brasileiro ou as águas jurisdicionais brasileiras e a espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas;

IV **-animal silvestre da fauna nativa**: todo animal pertencente a espécie nativa, migratória e qualquer outra não exótica, que tenha todo ou parte do seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras; (Grifos nossos)

Assim, o conceito delineado no inciso II engloba os animais silvestres de qualquer região do globo. Exemplificando: Um leão é um animal silvestre, mas não é silvestre da fauna nativa, já que inexistente naturalmente no Brasil. O leão, para a legislação brasileira, é um animal silvestre exótico. Possuir um leão sem autorização não configura crime, salvo no caso de maus tratos que pode configurar o delito previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98, ou, no caso de ter sido o próprio possuidor que introduziu a espécie no país, situação que atrai a aplicação do art. 31 da Lei nº 9.605/98. Vale dizer, no entanto, que, apesar de a posse irregular de um animal silvestre exótico não ser crime, tal conduta é infração administrativa, conforme art. 25 do Decreto nº 6.514/08, que reza o seguinte:

Art. 25. Introduzir espécime animal silvestre, nativo ou exótico, no País ou fora de sua área de distribuição natural, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida pela autoridade ambiental competente, quando exigível:

Multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com acréscimo por exemplar excedente de:

[...]

§1º Entende-se por introdução de espécime animal no País, além do ato de ingresso nas fronteiras nacionais, **a guarda e manutenção continuada** a qualquer tempo. (Grifos nossos)

Dessa forma, pratica crime apenas quem possui um animal silvestre da fauna silvestre nativa do Brasil sem autorização; aquele que possui animal da fauna silvestre exótica sem autorização está sujeito a sanções administrativas. Nesse caso, se no cumprimento de mandado de busca for verificada a existência de animal da fauna silvestre exótico, deverá ser o fato imediatamente comunicado à autoridade administrativa (IBAMA) para que adote as providências cabíveis.

De outra ponta, verificada a existência de animais silvestres da fauna nativa,

conduta típica, deve ser dada voz de prisão ao responsável pela posse dos animais. A tipificação penal da conduta, por sua vez, a depender das circunstâncias, poderá variar conforme o caso. O mais comum é aplicação do art. 29, §3º da Lei nº 9.605/98, que assim estabelece:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§1º Incorre nas mesmas penas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

[...]

§ 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

No entanto, caso fique patente que os animais silvestres encontrados têm destinação comercial, é possível a aplicação do disposto no art. 180, §1º do Código Penal, que trata do crime de receptação qualificada. É que a nosso ver o tráfico de animais silvestres não foi tipificado na Lei dos Crimes Ambientais.

Dessa forma, em razão das enormes diferenças entre a conduta altamente lesiva e profissional dos traficantes de animais silvestres e a conduta de pessoas comuns, que meramente adquirem ou vendem um animal silvestre de forma isolada e pontual, não se pode admitir a mesma tipificação.

Não há, fundamental ressaltar, que se falar em conflito aparente de normas entre o art. 180, §1º do CP e o art. 29, §1º, III, da Lei nº 9.605/98, vez que, mesmo à luz do princípio da especialidade, nem sempre o dispositivo da legislação ambiental é o que melhor tipifica a conduta criminosa praticada em detrimento da fauna.

Podemos inferir da leitura do *caput* do art. 29 que não constam ali os núcleos adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, vender, expor à venda, constantes do *caput* e do §1º do art. 180 do Código Penal. Estão descritos no *caput* apenas os seguintes verbos: matar, perseguir, caçar, apanhar e utilizar espécimes da fauna silvestre. Assim, na verdade não há nenhum confronto entre as normas citadas, já que *utilizar* não é o mesmo que *comercializar*, tampouco pode o verbo *utilizar* ser equiparado a *vender* ou *comercializar* no contexto do

tipo penal constante do *caput* do art. 29 da Lei nº 9.605/98. Evidentemente que, se essa fosse essa a intenção do legislador, todos os verbos citados estariam descritos no *caput*, o que não ocorreu.

Poder-se-ia, por outro lado, argumentar que isso não ocorreu em razão de os verbos *vender*, *transportar* e *comercializar* estarem previstos no inciso III do artigo 29 da Lei 9.605/98. Entretanto, esse argumento carece de fundamento, tendo em conta que fica claro que o legislador quis tipificar situações completamente diversas: i) no *caput* do artigo 29 da Lei 9.605/98 para proteger a fauna e reprimir a caça, aplicável apenas na hipótese de animais retirados da natureza; ii) no inciso III do mesmo artigo refere-se o legislador a animais “provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão”.

Portanto, a Lei dos Crimes Ambientais, não contemplou a conduta daquele que comercializa animais silvestres oriundos da natureza, ou seja, a venda daqueles animais objeto de caça profissional ou amadora, pois esta conduta não está descrita no artigo 29 da Lei 9.605/98.

Essa tese, embora ainda minoritária, em 2009 serviu de base para a representação pela prisão preventiva na *Operação Oxóssi* da Polícia Federal, uma das maiores operações de repressão ao tráfico de animais já realizada. Foram 102 pedidos de prisão preventiva e busca e apreensão cumpridos em nove estados brasileiros e quatro países estrangeiros.

A aplicação do art. 180 do Código Penal ao tráfico de animais foi aceita pelo Juízo que deferiu as prisões preventivas, pelo Juiz que prolatou a maior parte das sentenças²⁹⁵ e, recentemente, foi adotada também em uma decisão de segunda instância²⁹⁶ do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Destarte, para maior efetividade da ação policial, é importante que a equipe responsável pelo cumprimento do mandado de busca direcione o foco para documentos e dispositivos digitais que possam conter indicativos de que os animais silvestres em poder do alvo do mandado de busca são destinados ao comércio e foram, por sua vez, adquiridos de caçadores, bem como comprovem que a conduta do investigado é reiterada, para que seja viabilizada a aplicação do artigo 180 do Código Penal.

É natural, principalmente no caso de passeriformes, alguma dificuldade

295 “Quanto ao correto enquadramento típico das condutas imputadas, comungo da tese ministerial de que o diploma legal que prevê crimes contra o meio ambiente, qual seja a Lei 9.605/98 (especificamente o seu artigo 29 e seus parágrafos), não contempla especificamente condutas que envolvam o maciço, lucrativo e organizado tráfico internacional de animais silvestres, que, assim sendo, melhor se amolda à previsão dos artigos 180 (receptação) e 334, par. 3º (contrabando), ambos do CP. “ Sentença. Réu Tomas Novotny Processo nº 2010.51.01.818454-9 da 4ª Vara Federal Criminal/RJ.

296 Nº CNJ : 0818454-74.2010.4.02.5101. Apelante Tomas Novotny. Relator: Des. Federal Messod Azulay Neto. Origem: Quarta Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro proc. nº 201051018184549.

para identificar a espécie do pássaro e saber se é doméstico ou pertencente à fauna silvestre. Entretanto, com os avanços tecnológicos atuais, tal dificuldade pode ser facilmente superada, bastando para isso uma simples consulta a sites especializados²⁹⁷, para que se tenha uma informação preliminar apta a justificar a apreensão do pássaro e condução do suspeito.

Certamente que, se a operação policial da qual resultou o deferimento de um mandado de busca destina-se à repressão a crimes contra a fauna, o encontro de animais silvestres é situação prevista e, sendo assim, o ideal é a realização das buscas em parceria com o órgão ambiental competente, o qual é detentor de maior expertise para a identificação das espécies encontradas. Também é possível a designação de perito especialista no assunto para compor a equipe de busca. Na dúvida razoável, o animal deve ser apreendido e, se for o caso, comprovado que o animal é doméstico, poderá ser posteriormente devolvido a seu proprietário

A Portaria nº 93, de 7 de julho de 1998 do Ministério do Meio Ambiente traz em seu Anexo I a listagem de fauna considerada doméstica, devendo ser objeto de consulta no caso de dúvida quanto à natureza doméstica do animal.

Outra hipótese que pode ocorrer é o pássaro silvestre estar anilhado. A anilha, em grande parte das vezes, é falsa e sua colocação pretende apenas dar um verniz de legalidade em algo ilegal. É como colocar uma placa falsa em um veículo automotor. Duas situações podem ocorrer nesse caso: i) a anilha ser regular e o pássaro irregular, ou seja, proveniente de comércio ilegal; ii) a anilha ser falsa e o pássaro ter também origem ilegal (caça ou comércio ilegal).

A regularidade de anilhas provenientes do órgão fiscalizador deve ser apurada no registro do SISPASS (Sistema de Cadastro de Criadores Amadoristas de Passeriformes – administrado pelo IBAMA). Desde 2002 o IBAMA retomou o controle da expedição das anilhas sendo o controle realizado através do sistema SISPASS. Antes de 2002 as anilhas eram concedidas por federações de criadores particulares. As anilhas regulares são fechadas, e consta nelas a inscrição IBAMA e numeração que pode ser consultada no sistema SISPASS. Anilhas fechadas como o próprio nome sugere são aquelas que compõem um anel perfeito, intacto e contínuo. As abertas, que não são mais emitidas, permitem sua colocação em pássaros adultos ao contrário das fechadas que só podem ser colocadas nos filhotes, pois o pé da ave filhote consegue ultrapassar a circunferência da anilha e, com o crescimento do espécime, não pode mais ser retirada sem ser rompida. Em suma, qualquer anilha aberta ou fechada expedida por federação, implica grande probabilidade de fraude, pois desde 2002 não podem mais ser emitidas.

A melhor forma de se detectar a irregularidade é a consulta ao sistema

297 www.wikiaves.com

SISPASS. Inclusive o IBAMA tem fornecido acesso ao sistema para as Delegacias especializadas em repressão a crimes ambientais. Verificada a falsidade, deve o animal ser apreendido e seu possuidor responderá pelo crime previsto no art. 296, inc. II, do Código Penal (falsificação de selo ou sinal público). Ressalte-se que é o possuidor direto do pássaro silvestre que deve constar como proprietário no SISPASS, caso contrário o pássaro deve ser apreendido, e o proprietário conduzido para prestar esclarecimentos, porque tal situação pode configurar fraude ao sistema.

Uma vez realizada a apreensão do(s) animal(ais) silvestre(s) deverá ser providenciada a soltura ou a entrega do animal à instituição especializada. A lei impõe o dever de zelo pelo bem-estar do animal até sua entrega. Confira-se o disposto no art. 25, §2º da Lei nº 9.605/98:

“o órgão autuante zelará para que eles **(os animais)** sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico” (Parênteses e grifos nossos)

O órgão autuante pode ser o IBAMA, o órgão estadual de meio ambiente ou a própria polícia a depender da situação.

O parágrafo primeiro da lei dispõe que os “animais serão prioritariamente libertados em seu habitat”, entretanto a medida da soltura imediata, apesar de altamente desejável, deve ser avaliada com muito cuidado, pois o art. 25, §2º do Decreto nº 6.514/2008 prevê como infração administrativa, passível de multa, a reintrodução indevida de espécimes da fauna. Reza o decreto que, *in verbis*:

§2º Incorre nas mesmas penas quem reintroduz na natureza espécime da fauna silvestre sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida pela autoridade ambiental competente, **quando exigível**. (Grifos nossos)

Destarte, a soltura só deve ocorrer quando (I) o animal é nativo da região onde será efetuada a soltura; (II) o animal por seu comportamento arrisco e assustado, e/ou ferimentos típicos de tentativa de fuga da gaiola ou viveiro (normalmente próximo do bico), demonstrar que não foi ainda domesticado ou que foi capturado recentemente. Nestas hipóteses nos parece que não é exigível o parecer técnico e licença para soltura, sob pena de restar descumprido o preceito legal insculpido no art. 25, §1º da Lei nº 9.605/98 que determina que, *ipsis literis*:

§1º Os animais serão **prioritariamente libertados** em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados. (Grifo nosso)

De tal modo, segundo os ditames legais, os animais devem ser libertados, salvo quando tal medida for inviável, ou seja, quando o animal silvestre não for nativo da região da soltura, ou estiver com alguma moléstia visível (questão sanitária). Portanto, o animal nativo recém capturado deve ser libertado, não se justificando a manutenção indevida em cativeiro. Outrossim, apesar de termos pesquisado, bem como consultado diversos profissionais especializados na questão, não conhecemos nenhum estudo científico que tenha comprovado que a soltura de algum animal silvestre tenha provocado epidemia naquela espécie ou em outra com a qual compartilhe o seu habitat. Segundo Roberto Cabral Borges, Coordenador de Operações e Fiscalização do IBAMA “não existe nenhum trabalho científico baseado em fatos, ou seja, não opinativo que relacione reintrodução com degradação ambiental ou declínio de populações já existentes em razão de predação, introdução de doenças ou competição.”

Ademais, infelizmente a soltura por vezes acaba sendo uma necessidade, uma vez que os CETAS (Centros de Triagem de Animais Silvestres) encontram-se lotados e absolutamente sobrecarregados. Para se ter uma ideia da gravidade da situação basta dizer que, de abril a dezembro do ano de 2015, o CETAS do Rio de Janeiro, um dos locais no Brasil de maior incidência de apreensões decorrentes do tráfico de animais, não recebeu animais silvestres e, desta forma, os animais apreendidos tiveram de ser encaminhados para o CETAS localizado na cidade de Lorena, Estado de São Paulo, com enormes gastos e sofrimento para os animais apreendidos.

Uma solução que infelizmente vem sendo praticada, mas de todo absurda, é manter o animal apreendido na guarda do próprio infrator na qualidade de depositário fiel do espécime. Ainda que tal posicionamento possa encontrar fundamento em alguns normativos, contribui para o sentimento de impunidade e abala a política criminal delineada pela Lei de Crimes Ambientais.

Incrivelmente a solução mais estapafúrdia para destinação dos animais apreendidos veio da Sociedade Brasileira de Ornitologia que defende que a “ave com excedente populacional em cativeiro será sacrificada, de acordo com o protocolo de eutanásia”²⁹⁸. Trata-se de solução ilegal e sem fundamento científico. Vejamos o que dizem:

[...] sacrifício elimina os riscos genéticos e ecológicos que a reintrodução possa causar às populações selvagens e ecossistemas; (3) o sacrifício elimina o sério risco de propagação de doenças às populações de animais selvagens e de cativeiro.²⁹⁹

298 http://www.academia.edu/671094/Diretrizes_da_Sociedade_Brasileira_de_Ornitologia_para_a_destina%C3%A7%C3%A3o_de_aves_silvestres_provenientes_do_tr%C3%AAlfico_e_cativeiro

299 Diretrizes da Sociedade Brasileira de Ornitologia para a destinação de aves silvestres provenientes do tráfico e cativeiro. Márcio Amorim Efe et al.

Entretanto, a medida radical (para dizer o mínimo) sugerida pelos estudiosos da Sociedade Brasileira de Ornitologia veio desacompanhada de qualquer menção a um único estudo científico que pudesse comprovar minimamente o afirmado.

Ademais, tal medida (eutanásia), como dito anteriormente, não encontra respaldo na legislação, muito pelo contrário, a lei se preocupa na verdade com o bem estar animal, conforme exegese do §2º do art. 25 da Lei nº 9.605, segundo o qual os animais devem ser “*mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico*” e, sendo assim a eutanásia de animais apreendidos configura conduta criminosa, cujo tipo está previsto nos arts. 29 e 32 da Lei nº 9.605/98.

Se a Autoridade Policial decidir pela soltura dos animais deverá, primeiramente, submeter o conjunto da apreensão à perícia para comprovação de que a espécie é silvestre e se sofreu maus tratos e, só após, realizar a soltura. Os animais devem ser soltos pela manhã para que tenham tempo de procurar alimento e abrigo antes do cair da noite. Deverá ser lavrado um termo de soltura³⁰⁰, assinado pela Autoridade Policial e duas testemunhas e juntado aos autos do inquérito. Fotografias e filmagens do ato da soltura também são providências desejáveis, embora prescindíveis. A presença de servidor de órgão ambiental na soltura é medida excelente para garantir que todos os requisitos administrativos da soltura sejam cumpridos.

A Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul editou um modelo de termo de soltura bastante interessante e conciso para ser utilizado no âmbito estadual, mas cuja essência pode ser naturalmente aplicada em todo o Brasil³⁰¹.

A soltura é regulada pelo Decreto nº 6.514/2008 e pela Instrução Normativa do IBAMA nº 23/2014, vejamos:

Art.107 [...]

I - os animais da fauna silvestre serão libertados em seu hábitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações, entidades de caráter científico, centros de triagem, criadouros

300 IN IBAMA nº 10 de 7/12/2012. “Art. 46 - O Termo de Soltura de Animais deverá conter a descrição dos espécimes, com quantidade e espécie, além do estado físico dos animais.

§ 1º - Acompanhará o termo de soltura laudo técnico que ateste o estado bravio dos espécimes, bem como atestado que afirme a possibilidade de soltura no local pretendido, considerando suas condições ambientais para receber os animais.

§ 2º - Nas hipóteses em que os animais forem apreendidos logo em seguida a sua captura na natureza, verificado o bom estado de saúde, fica dispensado o laudo técnico de que trata o § 1º.

§ 3º - O laudo técnico mencionado nos parágrafos anteriores poderá ser elaborado por qualquer profissional habilitado, servidor público ou não, que assumirá a responsabilidade técnica pelas informações prestadas.”

301 Disponível em: <http://www.sema.rs.gov.br/upload/Modelo%20de%20TERMO%20DE%20SOLTURA%20DE%20ANIMAIS%20SILVESTRES.pdf>

[...]

§5º A libertação dos animais da fauna silvestre em seu hábitat natural deverá observar os critérios técnicos previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade ambiental competente.

IN IBAMA nº 23/2014

Art. 15. A soltura imediata deverá ser priorizada e poderá ser realizada nos casos em que o espécime:

I - apresente indícios comportamentais de que foi recém capturado;

II - não apresente problemas que indiquem impedir sua sobrevivência ou adaptação em vida livre; e

III - seja de espécie de ocorrência natural no local.

§1º A verificação de atendimento aos quesitos deverá ser realizado por agente que detenha conhecimento sobre a espécie.

Como se verifica, existe sustentação legal para a realização da soltura dos animais apreendidos pelo Delegado de Polícia responsável pelo cumprimento da diligência. O que não se pode admitir é que a Autoridade Policial sucumba ante entraves burocráticos que inviabilizem a soltura, que como visto, era a intenção primeira do legislador da Lei 9605/98. A soltura muitas vezes é consentâneo lógico do cumprimento de mandado de busca e apreensão de animais silvestres, visto que é a destinação que se dará ao “material” apreendido.

CONCLUSÃO

A polícia judiciária exerce papel fundamental na proteção do meio ambiente. Diante de uma legislação por vezes insuficiente para refrear o ânimo dos criminosos contra a natureza a postura firme do Delegado de Polícia, o primeiro a examinar juridicamente a ocorrência, faz uma diferença enorme para que se possa proteger um meio ambiente já bastante depauperado.

De se ressaltar, que no cumprimento dos mandados de busca e apreensão devem as Autoridades Policiais atentar para os crimes perpetrados contra o meio ambiente, ainda que não sejam objeto direto do trabalho investigativo que propiciou o deferimento do mandado, sendo totalmente incabível nesses casos a adoção do princípio da insignificância, pois os serviços ambientais prestados por determinada espécie ao ecossistema são incalculáveis. Outrossim, deve a equipe policial prezar pelo bem-estar dos animais apreendidos, de modo a reduzir ao máximo o sofrimento e o estresse resultante da mudança de ambiente do animal.

Temos a esperança de que este modestíssimo artigo sirva, senão de suporte técnico, pelo menos como apelo para que os crimes contra a natureza não sejam desprezados como insignificantes no sentido não jurídico da expressão. Deste modo, quando uma equipe do IBAMA, PRF, PM ou PF aparecer no plantão

com uma apreensão de pássaros deve ser tratada com a mesma consideração e respeito que uma equipe que traz, por exemplo, 50 quilos de cocaína. É chegado o tempo em que a sobrevivência humana cada vez mais necessita de um meio ambiente sadio. Assim sendo, nenhuma autoridade pode se esquivar do dever legal e moral de garantir às gerações futuras um meio ambiente melhor do que aquele que recebemos.

Capítulo VII

A DILIGÊNCIA DE BUSCA NO CENÁRIO DOS CRIMES ABRANGIDOS PELO UNIVERSO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS & TELÉGRAFOS

*Lorenzo Martins Pompílio da Hora*³⁰²

A visão do Delegado de Polícia no cenário postal é pontual e deve ser precedida de um breve conhecimento real das questões e problemas que envolvem um dos maiores segmentos de negócios do Brasil, a Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos que tem como principal objeto dentre outros, a entrega de correspondências dos mais variados gêneros [exemplos: Cartas simples, objeto postal com valor declarado, cartões de crédito, talonários de cheques, carnês de cobrança, dinheiro, dentre outros], encomendas postais de várias espécies e modalidades, tais como: Eletrodomésticos, computadores, tablets, celulares, armas, substâncias entorpecentes, livros, brinquedos, etc.

O artigo 144 § 1.º, inciso I atribui a Polícia Federal a responsabilidade pela apuração dos ilícitos envolvendo a Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos:

§ 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

302 Delegado de Polícia Federal, Formado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Formado em Administração de Empresas e Economia pela Faculdade de Administração e Economia do Rio de Janeiro da Sociedade Unida de Ensino Superior e Cultura, Mestrado em Direito Político pela UFRJ – Ano de 1987, Pós graduado em GESTÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA pela Academia Nacional de Polícia Federal, Pós-graduado em Docência de Ensino Superior pela Federação das Faculdades Celso Lisboa, Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Centro de Filosofia e Ciências Humanas – Faculdade de Educação – Programa de Pós-Graduação em Educação, Professor substituto de Direito Tributário da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - ano 1995, Professor auxiliar de Direito Civil na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

I – apurar infrações penais contra a ordem pública e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

Acrescente-se ainda que, foi firmado recentemente um ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA assinado entre o Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal – Delegado LEANDRO DAIELLO COIMBRA e o Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – WAGNER PINHEIRO DE OLIVEIRA assinado em 18/11/2013 com vigência de 60 (sessenta) meses a partir de 28/11/2013 (data de sua publicação no Diário Oficial da União).

A cláusula terceira do pré-falado ACORDO que trata da operacionalização, assim descreve em seus parágrafos primeiro e segundo:

PARÁGRAFO PRIMEIRO. *As linhas básicas, atividades e ações a que se referem as cláusulas anteriores serão conduzidas, especificadas e implementadas mediante formalização de Protocolo de Execução, tantos quantos forem necessários, nos quais serão estabelecidos as responsabilidades técnicas e financeiras, objetivando a programação e o detalhamento dos procedimentos técnicos, operacionais e administrativos, relativos às metas ora pactuadas, contendo, quando for o caso, a especificação dos respectivos Planos de Ação Integrada.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *A competência para firmar os Protocolos de Execução referentes às metas estabelecidas no Plano de Trabalho será, no âmbito do DPF, do Diretor Geral da Polícia Federal e dos Superintendentes Regionais de Polícia Federal nos Estados, e, por parte da ECT, do Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e dos Diretores Regionais da ECT nos Estados.*

O apontado Protocolo de Execução Regional no Rio de Janeiro foi firmado entre o Superintendente Regional de Polícia Federal no Rio de Janeiro – Delegado MARIO FERNANDO DE ALMEIDA SEMPRINE e pelo Diretor Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos no Rio de Janeiro – GILBERTO DE ALMEIDA TRENTIN no mês de março do corrente e na CLÁUSULA PRIMEIRA que trata do OBJETO do ACORDO assim pontua:

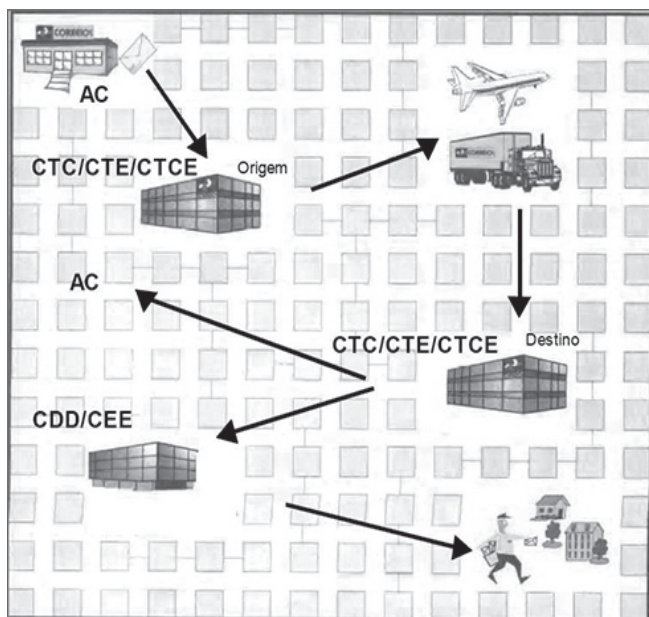
O presente Instrumento tem por objeto o detalhamento da Meta 2.13 do Plano de Trabalho do ACORDO de criar o Núcleo de combate a Crimes contra a ECT, com o objetivo de agilizar apuração das infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da ECT, com a instalação de uma Equipe de Repressão a Crimes Postais, da Delegacia de Patrimônio/SR/DPF/RJ, nas dependências da DR/RJ, situado na Avenida Presidente Vargas n.º 3077/22.º andar, Cidade Nova, Rio de Janeiro/RJ, com área de 286 m quadrados.(g.n)

Dessa forma, a Polícia Judiciária da União encontra-se instrumentalizada legalmente para dar suporte às investigações que atentem aos bens, serviços e interesses da Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos através do

Núcleo de Repressão a Crimes Postais da Delegacia de Crimes contra o Patrimônio, administrando diversas ocorrências de características próprias e de crimes definidos nos mais variados tipos do Código Penal e da legislação infraconstitucional.

Os Correios, como também chamamos esta grande empresa pública, está presente em todos os Estados da Federação e nos mais distantes municípios do País e para atender a demanda expressiva sob a sua responsabilidade desenvolveu uma estrutura de pessoal composta de Administradores Postais³⁰³ e Agentes dos Correios³⁰⁴ na condição de Carteiros que promovem a entrega do objeto postal e também na condição de operadores de transbordo e triagem que atuam no processamento, tratamento e seleção do objeto postal para posterior entrega ao carteiro que cumprirá a sua missão destino.

A estrutura organizacional desenvolvida pela Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos para realizar esta nobre missão é a seguinte:



FONTE: CEREL/AC

303 Selecionados em Concurso Público e que realizam curso de administração postal na Escola Superior de Administração Postal - ESAP em Brasília/DF, voltada ao ensino do pessoal de nível superior.

304 Selecionados em Concurso Público e que realizam curso de formação nas unidades em centros de treinamento denominadas CECOR num período básico de 6 (seis) meses para o exercício da atividade fim.

Captação/Atendimento

Consiste no recolhimento dos objetos postais de clientes (remetentes) por meio de agências (próprias e terceirizadas), caixas de coleta, diretamente no endereço do remetente, etc.

Captação/Atendimento

Consiste no recolhimento dos objetos postais de clientes (remetentes) por meio de agências (próprias e terceirizadas), caixas de coleta, diretamente no endereço do remetente, etc.

Tratamento/Processamento

Consiste no processamento (triagem), manual ou automático, dos objetos a serem enviados aos seus destinos.

Os objetos, após serem captados, são conferidos, triados e expedidos para seus destinos finais.

No destino os objetos passam por um novo tratamento, sendo triados por Centro de Distribuição (bairro ou conjunto de bairros de uma cidade).

Fonte: Diretoria Regional do Rio de Janeiro

Distribuição/Entrega

Consiste na entrega aos destinatários.

A entrega pode ser interna (nas agências) para objetos endereçados às caixas postais ou posta restante.

A entrega externa ou distribuição domiciliária, que é a mais conhecida por todos, é efetuada pelos carteiros diretamente nos endereços dos destinatários. Cada carteiro é responsável por um distrito (conjunto de residências e/ou estabelecimentos comerciais)

Fonte: Diretoria Regional do Rio de Janeiro

Tipos de Unidade	Características
Centro de Tratamento de Cartas – CTC	Conferência, triagem e expedição de correspondência
Centro de Tratamento de Encomendas – CTE	Conferência, triagem e expedição de correspondência
Centro de Tratamento de Cartas e Encomendas – CTCE	Execução integrada das atividades de coleta, recebimento, conferência, triagem e expedição de correspondências, malotes e encomendas e, quando for o caso, entrega de malotes e encomendas.
Centro de Tratamento de Correio Internacional – CTCI	Recebimento, desembaraço aduaneiro, conferência, triagem e expedição das remessas postais internacionais, na exportação e importação.

Centro de Entrega de Encomendas – CEE	Responsável pelas atividades inerentes à coleta e entrega de malotes e encomendas.
Centro de Transporte Operacional – CTO	Gerenciamento da frota de veículos.
Terminal de Cargas – TECA	Coleta, conferência, triagem e expedição de cargas.
Centro de Distribuição Domiciliária – CDD	Realiza o tratamento e a entrega domiciliária dos objetos postais e mensagens telemáticas, bem como a coleta/entrega de malotes, encomendas SEDEX e objetos SEED.

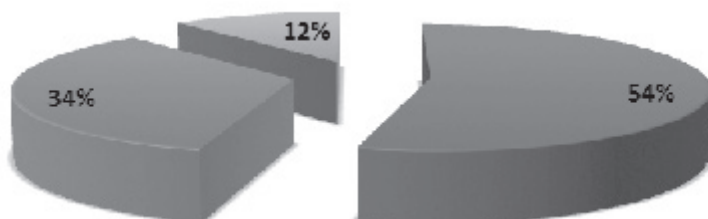
Fonte: Diretoria Regional do Rio de Janeiro

A SITUAÇÃO ENTRÓPICA DA EMPRESA

O estudo estatístico realizado recentemente sob a orientação do Gerente de Segurança empresarial da ECT/RJ – Marcus Vinícius Viana Mendes a partir dos sinistros ocorridos no ano de 2014, constataram o sinalizado cenário indenizatório:

Prejuízos em pagamento de indenizações – 2014

Motivo	Valor	Qtde.
Extravio	9.079.141	43.833
Roubo a carteiro	5.751.962	28.681
Roubo a veículo	1.933.882	9.080
Total	16.763.986	81.594



12% ROUBO A VEÍCULO 34% ROUBO A CARTEIRO 54% EXTRAVIO

Fonte: CEREL/AC

Dessa situação, conclui-se preliminarmente que o extravio de carga postal proporcionou à Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos – Regional Rio de Janeiro, no ano de 2014, um prejuízo no valor de R\$ 9.078.141,00 (nove milhões, setenta e oito mil, cento e quarenta e um reais) com 43.833 (quarenta e três mil,

oitocentos e trinta e três) objetos postais desviados, ou seja, não chegaram ao seu destino, que abrange o contratante do serviço e o beneficiário da modalidade de serviço contratado.

O valor e a quantidade de bens extraviados, denominado “delito interno”³⁰⁵, representaram 54,15% dos prejuízos financeiros com indenizações³⁰⁶ da Regional Rio de Janeiro no ano de 2014 e um volume de 53,72% da carga postal subtraída e que atende ao segmento criminoso voltado para a receptação de carga postal para posterior comercialização em mercados clandestinos.

É conveniente, numa primeira apreciação, observar que as investigações instauradas para apurar essa modalidade delituosa classificada inicialmente na previsão do art. 312 (peculato) e/ou variações do art. 171 (estelionato), ambos do Código Penal, esbarram numa inviável metodologia adotada nacionalmente pela Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos na tramitação de objeto postal nas fases que envolvem a Captação (recolhimento postal dos clientes)³⁰⁷, Processamento (conferência, triagem e expedição)³⁰⁸ e Distribuição/Entrega (entrega aos destinatários)³⁰⁹, o SISTEMA DE CONFERÊNCIA ELETRÔNICA.³¹⁰

O modelo adotado pela Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos, segundo os ofícios que instruem as investigações/inquéritos do Núcleo de Repressão a Crimes Postais no Rio de Janeiro nos últimos 06 (seis) anos, não possibilitam definir ou precisar a unidade em que ocorreu o extravio do objeto postal, ou ainda, o responsável pelo sinistro, fato este que compromete sensivelmente a conclusão eficiente da investigação policial, posto que não é possível pontuar autoria ou suspeitos/investigados numa específica unidade da ECT.³¹¹

305 Expressão adotada pela Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos.

306 Foi noticiado que empresas se cadastram na ECT indevidamente para receber o valor dessas indenizações que em muitas das vezes não são reclamadas pelos contratantes do serviço da empresa.

307 Realizadas por agências próprias ou terceirizadas.

308 Os objetos são conferidos, selecionados e encaminhados para as unidades que farão a distribuição final nos centros de distribuição – CDD/CEE.

309 Encaminhamento final aos destinatários que é realizado nas agências ou na distribuição domiciliar através dos carteiros (funcionários e terceirizados).

310 Método que substituiu a sistemática da conferência manual mecanizada.

311 Selecionamos a título de exemplo dois expedientes: (1) Um destinado ao Coordenador de Operações – EVERTON LUIZ CABRAL MACHADO da Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos no Rio de Janeiro e subscrito pelo Gerente Operacional de Encomendas – DR/RJ – VIDALMO MARCOS FERREIRA DE SOUZA informando que não lograram êxito na definição da responsabilidade pelo extravio de um objeto postal, pois os procedimentos de expedição e conferência eletrônica não possibilitam identificar local e autor do extravio e opinando pela absorção do prejuízo pela ECT no valor de R\$ 10.065,00 (dez mil e sessenta e cinco reais). (2) O segundo destinado ao Gerente de Encomendas – VIDALMO MARCOS FERREIRA DE SOUZA pelo Gerente do turno 02 – CTE Benfica/

Constatou-se também, nos apuratórios focados em apontar responsabilidades pelos extravios, que os funcionários da Empresa não tinham preocupação ou compromisso em preencher de forma adequada o Sistema de Rastreamento de Objetos³¹², criando inconsistências que inviabilizam de forma significativa o processamento da investigação policial e que em outras oportunidades eram simuladas responsabilizações administrativas que tinham por finalidade exercitar práticas de assédio moral e/ou sexual.

A prática até então adotada vulnera gestores nos níveis gerenciais e estratégicos da empresa que poderão, em tese, ser responsabilizados nas hipóteses de peculato culposo e improbidade administrativa, sem prejuízo de outros enquadramentos.

Ressalte-se, também, que a mão de obra atuante é composta por carteiros terceirizados temporários que desempenham as funções e atribuições dos OTT'S – Operadores de Triagem e Transbordo, manipulando objeto postal valioso para posterior encaminhamento aos centros de distribuição e entrega de encomendas, sendo certo que estes são selecionados de forma irregular através de práticas dissimuladas das regras de contratação pela administração pública e de maneira precária, sem uma cautelosa avaliação de perfil para manipular objeto postal, a partir de um arquétipo de um contrato nacional padrão que requer um tratamento regionalizado de modo a fazer frente as variações do contexto de eventuais práticas criminais típicas.

Nas investigações desenvolvidas no Núcleo de Repressão a Crimes Postais³¹³ no Rio de Janeiro constatou-se que terceirizados possuem precedentes de envolvimento com o tráfico de drogas, roubos, furtos, dentre outras ilicitudes que passam despercebidas pela empresa recrutadora terceirizada de trabalho temporário, sem qualquer reserva contratual eficiente que defina responsabilidades para tal contingência, perfeitamente previsível no cenário de qualquer empresa no segmento de recursos humanos, dificultando e comprometendo a eficiência da apuração policial e administrativa.

DR/RJ – JOSIAS COSME DO NASCIMENTO FILHO [já indiciado nesta unidade, pois não comunicou a ocorrência de crime à Polícia Federal] informando que os procedimentos atuais de expedição e conferência eletrônica não possibilitam a identificação da unidade responsável e fazendo referência a um trecho e assim reproduzido: “... Considerando que os procedimentos previstos para o serviço foram observados, e tendo por base o entendimento da própria Gerência de Inspeção, à época, de que “os procedimentos atuais de expedição e conferência eletrônica não possibilitam a identificação da unidade responsável” (trecho extraído de despachos da GINSP constantes em processos que versam sobre extravio de objetos no âmbito da conferência eletrônica), esta Gerência não dispõe de meios para definir a responsabilidade em relação ao extravio do qual trata este processo. Sendo assim, somos de parecer favorável à absorção do ônus no valor de R\$ 1.020,90 (mil e vinte reais e noventa centavos)...”.

312 SRO

313 Operação Entrega Certa.

Neste caso, além de outras providências a serem adotadas também em sede inquisitorial de forma específica objetivando apurar responsabilidades daqueles que atuaram na efetivação dos contratos com particulares, temos o eficiente, racional e seguro instrumento legal previsto no Capítulo II (“Da investigação e dos meios de obtenção de prova”), seção II (“Da Ação Controlada”), artigos 8.º e 9.º da Lei 12.850/2013, sendo considerado no viés do combate ao Crime Organizado uma metodologia que retarda a intervenção policial de modo a desarticular uma estrutura organizacional voltada para a prática de ilícitos. Assim trazidos ao texto:

Art. 8.º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1.º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2.º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3.º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4.º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Gomes & Rodrigues da Silva (2015, 375) pontuam a importância da medida: ***“... Representa a ação controlada uma relativização do dever policial e ação imediata, partindo da concepção chamada de long haul, em contraposição ao short strike, representado pela ação imediata...”***

Assim, a partir de procedimentos inquisitoriais específicos em unidades com circunscrições que apresentem elevados percentuais de extravios, furtos e roubos poderíamos adotar uma espécie da ação controlada denominada entrega vigiada³¹⁴.

A respeito da modalidade GOMES (2015, 386) bem explica o seu conceito, parâmetros e prescrições legais:

A Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) também define a entrega vigiada em seu artigo 2.º, i (tem plena aplicabilidade no âmbito interno, pois promulgada pelo decreto 5.015/2004):

Entrega vigiada – a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

314 Foi prevista pela primeira vez no artigo 11 da Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

A Lei 12.850/2013 não fez previsão expressa da entrega vigiada. Contudo, entendemos ser a entrega vigiada uma espécie de ação controlada, pois ambas: a) visam a retardar ação policial ou administrativa; b) podem ser utilizadas tanto para o âmbito interno, bem como para o âmbito internacional (crimes transnacionais); c) necessitam de autorização judicial (conforme nosso entendimento não basta a prévia comunicação ao juiz no caso da ação controlada, mas sim autorização).

Com isso, a partir de uma operação conjunta entre a Polícia Judiciária e a Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos, inquéritos seriam instaurados a partir de levantamentos em unidades e circunscrições que apresentassem elevados índices de extravio, furtos e roubos e nessas seria administrado o uso de rastreadores dissimulados em cargas valiosas transportadas pela empresa.

A diligência previamente autorizada judicialmente se mostra razoável e aumenta a segurança da atuação policial que terá acesso a uma série de informações disponibilizadas pela Empresa de Correios & Telégrafos que possui o cadastro de seus funcionários efetivos, terceirizados e temporários, distritos de destino do objeto postal, conteúdo da carga; enfim uma série de informações que poderão ser também trazidas na instrução do apuratório assegurando uma instrução bem substancial à futura ação penal.

Outro aspecto também saudável da medida é o da desarticulação de uma organização que desvia essas encomendas postais para comercialização em mercados com preços mais convidativos justamente por serem oriundos de subtrações ilícitas.

RECORTES CONSTITUCIONAIS DA BUSCA POSTAL

A encomenda postal goza de proteção constitucional e excepcionalmente pode ser interceptada e violada como bem prescreve o artigo 5.º, inciso XII, assim reproduzido:

“... XII – é inviolável o sigilo da correspondência 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...”

No mesmo sentido, temos a orientação do artigo 5.º da Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978 que assim dispõe sobre os serviços postais:

“... art.5.º – O sigilo da correspondência é inviolável.

Parágrafo único – A ninguém é permitido intervir no serviço postal ou no serviço de telegrama, salvo nos casos e na forma previstos em lei...”

Comporta ainda, o apontado texto legal uma excepcionalidade interessante e decorrente da dificuldade da entrega do objeto postal em consequência de erro ou insuficiência de endereço, assim exposto:

“... 6.º - As pessoas encarregadas do serviço postal ou do serviço de telegrama são obrigadas a manter segredo profissional sobre a existência de correspondência e do conteúdo de mensagem de que tenham conhecimento em razão de suas funções.

Parágrafo único – Não se considera violação do segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo de correspondência a divulgação do nome do destinatário de objeto postal ou de telegrama que não tenha podido ser entregue por erro ou insuficiência de endereço...”

Outras excepcionalidades ao sigilo também são prescritas no texto mesmo legal e asseguram uma certa tranquilidade à diligência de busca:

“... art. 10.º - Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

- (...)

- II – que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos.

- (...)

A abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou destinatário.

Não podemos, entretanto desmerecer a regra de que a busca postal é uma excepcionalidade e a Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos deverá preservar a integridade do seu conteúdo como estabelece o art. 48 do decreto n.º 7.483, de 16 de maio de 2011:

“... A ECT proverá os meios necessários para garantir o sigilo da correspondência e o tráfego postal e telegráfico, bem como zelar pela segurança dos bens e haveres da empresa ou confiados a sua guarda...”

Consequentemente, a orientação interna da instituição segue o mesmo ritual:

SERVIÇO DE CAIXA POSTAL
(MANUAL DE ATENDIMENTO)

Item 2.2. O nome e o endereço do assinante de Caixa Postal somente poderão ser fornecidos mediante ordem judicial expressa por escrito.

A IMPORTÂNCIA DA L.O.E.C (LISTA DE OBJETOS ENTREGUES AO CARTEIRO) COMO FERRAMENTA DE INSTRUÇÃO DE UMA DILIGÊNCIA DE BUSCA

Importante ferramenta de controle de objetos postais, a lista de objetos entregues ao carteiro é disponibilizada ao agente dos correios que a confere antes de partir para a entrega do objeto postal aos seus destinatários, sendo esta também verificada quando do retorno do carteiro a sua unidade ao fim da missão no intuito de que sejam verificadas as encomendas postais que não foram recepcionadas.

É a lista na qual são relacionados os objetos especiais entregues aos carteiros para realização da distribuição.

É uma ferramenta de suporte na atividade de distribuição domiciliária.

É preliminarmente útil numa eventual situação de extravio, posto que o agente dos correios para seu resguardo atesta os objetos que recebeu.

É também um excelente assimilador de dados dos hábitos de um eventual destinatário que esteja sendo investigado em razão de suas suspeitas atividades ilícitas, posto que este opera com tranquilidade em suas rotineiras práticas sem a preocupação de que este elemento possa revelar interessantes informações que precedam a uma providência cautelar de busca.

É um instrumento preciso que viabiliza inclusive a tramitação de feitos processuais como bem assegura a jurisprudência assim colacionada:

Processo: AI 7085007719995040821

RELATOR (A): PAULO JOSÉ DA ROCHA

JULGAMENTO: 23/11/2000ÓRGÃO JULGADOR: Vara do trabalho de Alegrete

Ementa

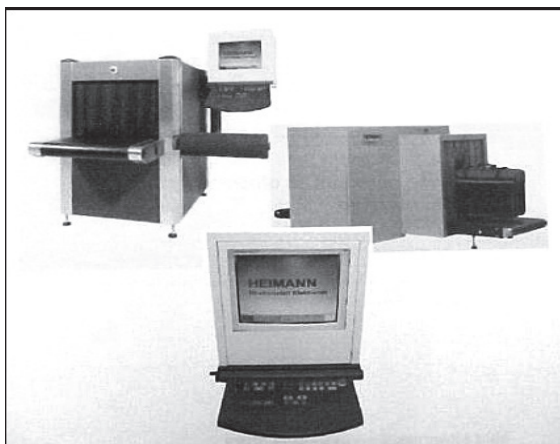
Agravo de instrumento. A Lista de Objetos Entregues ao Carteiro, desacompanhada de qualquer esclarecimento adicional da ECT, não prova a entrega ao destinatário – na mesma data em que confeccionada a lista de notificação judicial acompanhada de aviso de recebimento. A omissão da Secretaria do Juízo, que não juntou aos autos o AR, documento hábil a pôr fim à celeuma, não pode prejudicar a parte. Razoável presumir, nessas circunstâncias, o recebimento da notificação 48 horas após sua regular expedição, nos moldes do Enunciado 16 do C. TST. Utilizando esse raciocínio são tempestivos os embargos de declaração opostos à sentença pela demandada, ora agravante. Recurso provido. (...)

INSTRUMENTOS DE BUSCA

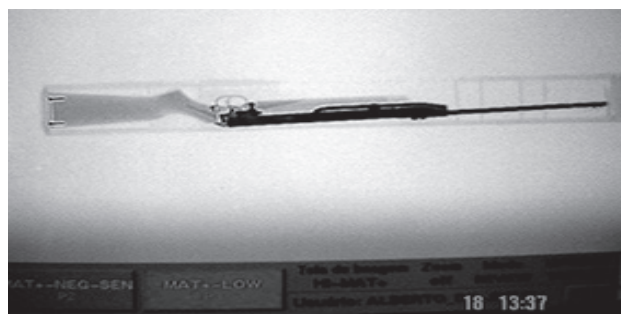
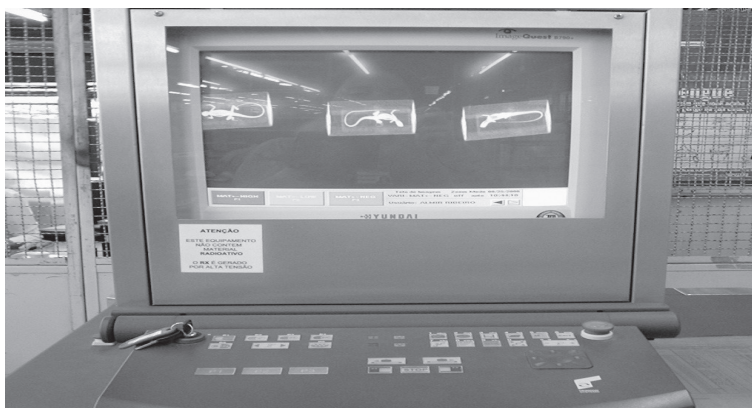
A estrutura da Empresa Brasileira de Correios & Telégrafos estabeleceu critérios de alocação de equipamentos de Raio X e espectrômetro de massa, quais sejam:

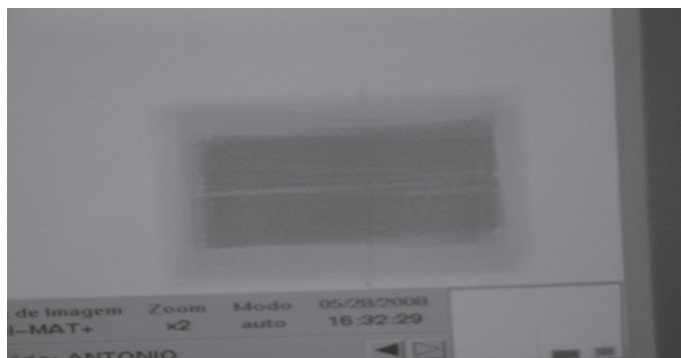
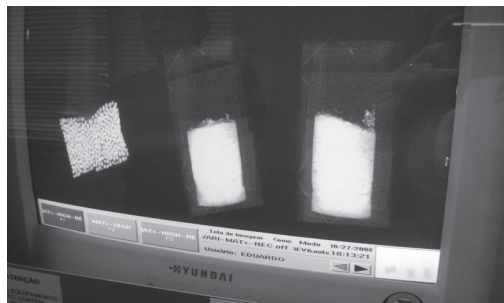
•	Para permutantes internacionais, responsáveis pelo tratamento de objetos internacionais, importados ou exportados.
•	Para unidades operacionais de tratamento de encomendas (CTE, CTCE).
•	Para unidades que efetuem entregas de encomendas para presídios ou para outros destinos considerados importantes e potencialmente sujeitos a ações delituosas.

EQUIPAMENTOS DE RAIOS X



IDENTIFICAÇÕES ATRAVÉS DE RAIOS X





Enfim, a busca postal apresenta um universo desafiante e exploratório dinâmico. O estudo deste cenário é instigante e reflexivo, principalmente no que diz respeito ao volume e qualidade de informações que podem proporcionar um eficiente conhecimento ao investigador no resultado de suas diligências cautelares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GOMES, Luiz Flávio. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2015. 494 p.
- Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os Serviços Postais.
- Manual de Distribuição – MANDIS – ECT.
- Portaria 567 de 29 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a entrega de objetos dos serviços postais básicos, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.
- Programa de Prevenção a Fraudes (versão de agosto de 2014). Segurança Operacional. Distribuição de Objetos Postais.

Capítulo VIII

BUSCA E APREENSÃO NAS INVESTIGAÇÕES DE REPRESSÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES

*Victor Cesar Carvalho dos Santos*³¹⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho não tem como foco trazer discussões doutrinárias sobre o tema, mas sim fazer uma abordagem sobre a prática e sobre a rotina de uma investigação de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, passando pelas duas fases de uma investigação tradicional, a fase investigativa, onde se busca produzir conhecimento sobre o alvo, o objeto da investigação, e concluindo com o planejamento. A segunda fase é a ostensiva, quando se executa o planejamento feito, baseado no conhecimento produzido na primeira fase. Nesta última fase é que se tem, efetivamente o cumprimento dos mandados de busca e apreensão.

No entanto, entendemos como mais importante a busca e apreensão sem mandado, aquela feita durante a prisão em flagrante e a qualquer hora. Quando a matéria é sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, devido boa parte das condutas possuir um caráter permanente, a chance de efetuar uma prisão em flagrante é significativamente grande. Desta forma, o papel da Autoridade Policial é de suma importância, haja vista ser ela a primeira a garantir os direitos constitucionais do investigado, notadamente a liberdade e a inviolabilidade do domicílio.

NATUREZA JURÍDICA

Para o nosso sistema jurídico é meio de prova, de natureza cautelar. O que

³¹⁵ Bacharel em Direito – Faculdade Moacyr Sreder Bastos – 1991, Delegado de Polícia Federal de Classe Especial – Pós-Graduação em Segurança Pública – Especialização em Gestão de Políticas de Segurança Pública – Academia Nacional de Polícia – novembro de 2008, foi Chefe da Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal, possui Combate Policial em área de Risco – Batalhão de Operações Policiais Especiais – BOPE – outubro de 2000

corroborar este entendimento é o fato de a busca e apreensão estar prevista no Capítulo XI (Da Busca e da Apreensão), do Título VII (Da Prova).

“No que se refere à busca e apreensão, trata-se, a nosso ver, de meio de pesquisa, investigação ou obtenção de prova, previsto no artigo 240 e seguintes do CPP e visa obter fontes de prova ...” (Antonio Scarance Fernandes, Jose Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. Provas no Processo Penal – Estudo Comparado – 2011 – Saraiva, pág. 58)

Da mesma forma, as ponderações de Antonio Scarance Fernandes: “O campo dos meios de pesquisa ou de obtenção de provas é amplo, podendo-se, grosso modo, englobá-los em quatro grupos: a) Os exames, as vistorias, as revistas; b) as buscas, apreensões, os sequestros; c) As interceptações, as escutas; as quebras de sigilo; e d) As ações encobertas, a infiltração policial.

OBJETIVO

Qual seria o objetivo de um mandado de busca e apreensão? Certamente é a preservação, cautelar, das provas, que buscam comprovar a autoria e/ou materialidade do crime que é o objeto da investigação.

HORÁRIO DE CUMPRIMENTO

Há discussão sobre o que seria considerado como dia. Entendemos que o mais adequado é a posição do Exmo. Sr. Ministro do STF José Celso de Mello Filho, segundo o qual a expressão “DIA” representaria o período entre a aurora e o crepúsculo. Critério astrofísico: entre a aurora e o crepúsculo” (PEDRO LENZA, Direito Constitucional Esquematizado).

Mas existem outros:

“Dia é o período que vai do alvorecer ao anoitecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte” (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado)

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, dia é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00, ou seja, “sol alto, isto é, das seis às dezoito”.

BUSCA E APREENSÃO COM E SEM MANDADO

Consideramos o presente tópico o mais importante deste trabalho, uma vez que é o que valoriza o trabalho da Polícia Judiciária, no sentido que cabe ao

executor da condução da apreensão tomar todas as cautelas necessárias para que a prova colhida não seja declarada ilegal ou ilegítima e, conseqüentemente, ter mitigada a materialidade e/ou autoria necessária para responsabilizar o autor do tipo penal, objeto da investigação.

Assim dispõe a CR/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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**; (grifo nosso)

Busca e Apreensão com Mandado

Esta espécie de busca e apreensão é aquela prevista no Capítulo XI do Código de Processo Penal, artigos 240 a 250, do mesmo diploma legal.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

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

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

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

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º

No que se refere ao cumprimento desta espécie de MB, não há qualquer dificuldade, pois a própria lei discrimina os atos de execução e o que se quer apreender já ficou evidenciado durante a investigação e muitas vezes já consta no próprio corpo do MBA. Desta forma, na fase ostensiva da operação, o executor da medida já recebe todas as informações necessárias para se buscar e apreender o que se quer.

Nesta espécie, a Autoridade Policial representa pela medida, o Ministério Público se manifesta quanto à cautelar (requisitos e pressupostos), havendo autorização do Juiz o início e encerramento se dá na forma dos artigos 240 a 250 do CPP.

Busca e Apreensão sem Mandado

Esta espécie de busca e apreensão é aquela efetuada no momento em que a Autoridade Policial, toma conhecimento da prática da infração penal, seja porque estava presente ou porque coordenava a operação e lhe foi comunicado. Para o interesse desse estudo, notadamente os casos de flagrante delito, necessário se faz a explanação que faremos em seguida.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

Exigência da autoridade policial no local do crime. Com a redação dada pela Lei 8.862, de 28/03/1994, a autoridade policial **deverá** dirigir-se sempre ao local do crime, e não somente “quando possível”. (Código de Processo Penal Comentado. Fernando Capez – 2015, pág 29)

FLAGRANTE DELITO

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Segundo a doutrina pátria, no Código de Processo Penal há três tipos de flagrantes: Próprio, Impróprio e Presumido.

Próprio

Flagrante próprio ou propriamente dito, como também é conhecido, é aquele em que o agente é pego no momento em que está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la. São as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 302, do Código de Processo Penal. A única ressalva que se tem que fazer é quanto à interpretação do “acaba de cometê-la”. A doutrina é unânime em reconhecer que a melhor interpretação deverá ser a de que haja absoluta imediatidade, ou seja, o autor da ação deve ser encontrado imediatamente após a prática da infração penal, sem qualquer intervalo temporal. A interpretação restritiva, portanto, é a mais acertada, uma vez que a amplitude de sua expressão literal não corresponderia com seu real sentido (*plus script quam voluit*).

Impróprio

Flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante é aquele previsto no inciso III, do artigo 302, do Código de Processo Penal. O agente é perseguido, logo após o cometimento da infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor.

Diferentemente do “acaba de cometê-la”, o “logo após” não tem o mesmo rigor do inciso antecedente, ou seja, inciso II do mesmo diploma legal. O “logo após”, segundo Fernando Capez “... compreende todo espaço de tempo necessário para a Polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor.” (Código de Processo Penal Comentado. Fernando Capez – 2015, pág 300)

A doutrina e jurisprudência preconizam a necessidade de que haja ininterruptividade na perseguição, podendo esta, portanto, prolongar-se por dias.

Presumido

Flagrante presumido, ficto ou assimilado é aquele previsto no artigo 302, inciso IV do Código de Processo Penal, onde o sujeito é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Assim dispõe o CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Diferentemente do flagrante impróprio, o “logo depois” não exige perseguição e compreende um lapso temporal ainda maior.

Para Capez, em seu Curso de Processo Penal (pág. 315), “embora ambas as expressões tenham o mesmo significado, a doutrina tem entendido que o ‘logo depois’, do flagrante presumido, comporta um lapso temporal maior do que o ‘logo após’, do flagrante impróprio.”

Entendemos que é no flagrante presumido que a Autoridade Policial exerce e se consolida como um importante membro de uma carreira jurídica, uma vez que esta espécie de flagrante é a que mais estará sujeita ao seu relaxamento, caso haja uma interpretação equivocada sobre o que seria o “logo depois” e a “presunção”. Portanto, se vemos confirmada a prisão pelo judiciário, é porque o juiz reconhece estarem presentes os pressupostos e requisitos desta prisão cautelar, portanto legal; como também o são as provas que foram colhidas no momento da prisão em flagrante, que é o ponto que nos interessa.

A título de exemplo, vamos fazer referência a uma operação, dentre muitas, que realizamos quando lotado na Delegacia de Repressão a Entorpecentes, e que fizemos uso da interpretação do “logo depois” e “presunção”.

Havia uma investigação sobre um traficante que sua “história de crimes” era de ter, no passado, financiado sequestros no Rio de Janeiro, mas que agora financiava o tráfico ilícito de drogas. Morador do Leme/RJ, em um apartamento de frente para o mar, possuindo muitos bens, lojas de carros etc. Seu cunhado era o braço operacional da quadrilha e quem fazia as viagens ao Paraguai para trazer, principalmente, maconha.

Investigação madura e operação em andamento, esperávamos o cunhado do principal alvo, que viria trazendo um carregamento de cerca de 400 kg de maconha, via Rodovia Presidente Dutra. Sabíamos que ele não viria com a carga, mas em um carro separado, como “batedor” da carga, na condição de garantidor de que ela chegaria ao seu destino.

Montada a barreira no Posto da Polícia Rodoviária Federal, na Serra das Araras, em Pirai/RJ, primeiro paramos o batedor, onde estava o cunhado do alvo principal, o indentificamos e o liberamos, mas uma equipe o seguiu veladamente. Era por volta das 23:30h. O caminhão, avisado da barreira, parou em um posto de gasolina a uns 5 km antes do local da barreira. Uma equipe o localizou, abordou-o e conseguiu encontrar a droga, dando voz de prisão ao condutor e ao carona. A equipe que acompanhava de longe o batedor, se aproximou e após uma breve perseguição, prendeu o cunhado do alvo principal.

Com o batedor e o motorista do caminhão que transportava a droga, estavam celulares que comprovavam a ligação de ambos durante todo trajeto da viagem e principalmente as últimas ligações, que indicavam o momento em que o batedor avisou sobre a barreira.

Em ato seguinte, uma equipe estava no Leme, na porta da residência do alvo principal, por volta das 03:00h, para prendê-lo. O subscritor, que coordenava a operação, estava neste local e procedeu à entrada na residência do alvo principal. Não houve resistência do alvo, entramos e com ele foram arrecadados vários telefones celulares, que indicavam a ligação dele com a operação executada por seu cunhado, inclusive SMS's avisando do momento que entrou no RJ. Cerca de 30 minutos depois que entramos, o alvo recebeu um fax de Ponta Porã/MS, do alvo que era o fornecedor da droga, onde havia um desenho de um caminhão com as características daquele que foi apreendido com a droga e uma seta que apontava o local exato onde a droga estava acondicionada.

O desfecho da operação foi a prisão em flagrante de todos, sendo que a justificativa para a prisão cautelar, no despacho fundamentado, apesar de não exigido pela Lei 11.343/2016, foi que o motorista do caminhão e o carona encontravam-se em flagrante próprio, o batedor e cunhado do alvo principal, no impróprio e o alvo principal e grande financiador da operação, no flagrante presumido. A prisão foi confirmada pelo D. Juízo de Pirai/RJ, houve HC no TJ/RJ visando mitigar a prisão em flagrante, mas a decisão do Juízo de Pirai foi confirmada pelo Tribunal.

As provas colhidas durante a prisão desta quadrilha embasaram a condenação de todos, tais como os telefones celulares, que mostravam as ligações entre os integrantes; tickets de pedágio, que mostravam que o caminhão que transportava a droga e o carro do batedor, seguiram o mesmo caminho, desde o Paraná etc.

Desta forma, toda construção fática, corroborada com as provas colhidas no momento da prisão, foi o que legitimou as prisões e posterior condenação de todos os envolvidos, bem como o arresto de todo patrimônio auferido com a atividade do tráfico ilícito de entorpecentes.

A busca e apreensão sem mandado, legitimada pelo flagrante, foi mero desdobramento deste e fundamental para o desfecho eficiente e eficaz da operação policial.

A propósito, Guilherme Nucci, (Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ª Edição. São Paulo: Forense, 2014, p. 472 e 538) afirma que a prisão em flagrante em domicílio é perfeitamente válida se: a) da ação policial (entrada na residência) for efetivamente descoberto um crime; b) não houver gritante desrespeito à inviolabilidade de domicílio (por exemplo, de pessoa que não figurou inicialmente como suspeita; c) inexistir prática de tortura ou qualquer outro meio ilícito para a descoberta de informação de delito pretérito.

Segundo o dicionário Michaelis, presunção significa:

sf (lat praesumptione) **1** Ato ou efeito de presumir. **2** Inferência ou opinião baseada na **probabilidade**; suposição. **3** Afetação, vaidade. **4 Filos** Ação de admitir qualquer coisa como verdadeira, até que se prove o contrário. **5 Filos** Exaltação do amor-próprio. **6 Dir** Conjetura, consequência ou conclusão que a lei ou o juiz tira **de fatos conhecidos**, para afirmar a existência ou verdade do fato que se pretende provar. (grifo nosso)

A interpretação adequada de presunção, referenciada no inciso IV, do artigo 302, do CPP, para efeito de justificar a prisão em flagrante de um investigado, foi o fator preponderante para o sucesso de muitas das operações policiais. A presunção não se baseava tão somente no conhecimento empírico do investigador, mas principalmente por todo conhecimento adquirido no decorrer da investigação.

Em uma investigação de tráfico ilícito de drogas, onde se pretende desarticular uma grande quadrilha, estruturada e antiga, é preciso “construir” uma história, ou seja, há necessidade de que hajam alguns flagrantes, com a prisão de criminosos que estão na base da estrutura organizacional da quadrilha. Com isso, ao final da investigação, com a busca e apreensão das provas, sem mandado e por força dos flagrantes lavrados, conseguimos ter materialidade suficiente (drogas) para responsabilizar os investigados pelo tráfico ilícito de drogas (artigo 35, da Lei 11.343/06), mas também e principalmente, pelo crime de associação para o tráfico, analisando e juntando-se as provas colhidas, que concretamente acabam por mostrar o liame subjetivo entre os investigados, deixando claro que se reuniam, de forma estável e permanente, com a vontade livre e consciente de traficar.

A situação de flagrante, por si só fragiliza o autor do crime, que dificilmente consegue, naquele momento, se desfazer ou destruir as evidências do crime que cometeu e principalmente a sua ligação com os demais membros da quadrilha. É esta oportunidade que devemos explorar, coletando e preservando as provas que irão, mais tarde, subsidiar a prisão da cúpula da quadrilha, atingindo o topo da estrutura organizacional. É como montar um quebra-cabeças de muitas peças pequenas, difícil, mas possível.

Muitas foram as críticas de advogados e até de colegas policiais, afirmando que havia uma “interpretação extensiva” demais sobre o termo “logo depois” e a palavra “presunção”. Contestavam dizendo que em se tratando de norma que visa restringir a liberdade e/ou a entrada em domicílio, sem autorização judicial, a interpretação deveria ser restritiva. Mas na realidade, a interpretação

baseava-se em fatos conhecidos e que foram obtidos através de outros meios de provas (interceptação telefônica, telemática etc), mas que naquele momento, em que se lavrava o auto de prisão em flagrante, não era oportuno e muito menos conveniente mencionar. No entanto, ao relatar o inquérito policial, faríamos uso de toda prova coletada, ainda que emprestada de outro inquérito, iniciado por auto de prisão em flagrante.

No encerramento da operação policial, quando a maioria dos investigados já estariam presos, por força dos flagrantes lavrados anteriormente, restaria representar, quando era o caso, pela prisão e/ou busca e apreensão apenas daqueles que ficaram de fora dos referidos flagrantes, mas que se mostravam importantes na estrutura criminosa e suas prisões eram necessárias.

Podemos afirmar, categoricamente, que em 08 anos de atuação na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, fizemos uso do que acima expomos e não tivemos uma única prisão em flagrante relaxada e nem tão pouco respondemos por abuso de autoridade. Eram pelo menos duas grandes operações dessas por ano.

CONCLUSÃO

A busca e apreensão nas operações de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, na sua fase ostensiva, executada mediante mandado judicial, só se difere das demais operações, onde a matéria não é o tráfico de drogas, naquilo que se deve buscar, ou seja, que tipo de provas se pretende buscar, para corroborar e subsidiar as prisões já efetuadas ou as que se pretende representar. Normalmente, é na fase da investigação que se vai delinear que prova é necessária, onde e com quem ela poderá ser encontrada.

Ao longo deste artigo, buscamos construir a ideia de que a Polícia Judiciária, no que se refere às investigações de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, deve sempre buscar a prisão em flagrante dos investigados (objetivo imediato), seja para lograr a apreensão da droga, imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico, mas principalmente, ter a oportunidade de arrecadar e apreender as provas necessárias para desarticular e prender todos os integrantes da quadrilha, principalmente aqueles que jamais mantém contato direto com a droga (objetivo mediato) e/ou com os criminosos que estão na base da estrutura organizacional da quadrilha.

São muitos os verbos contidos nos artigos 33 e 34, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, cuja natureza é permanente e que consequentemente viabiliza a prisão em flagrante dos investigados.

Portanto, o Delegado de Polícia, segundo tudo que foi exposto acima, é o

primeiro e grande garantidor da legalidade da busca e apreensão, principalmente na espécie sem mandado, preservando a prova produzida, garantindo a manutenção da prisão cautelar (flagrante) e que seus atos e/ou de seus agentes não constituam abuso de autoridade, tipificado na Lei 4.898/65.

Capítulo IX

A BUSCA E APREENSÃO EM OPERAÇÕES DE CONTRAINTELIGÊNCIA POLICIAL

*Wellington Clay Porcino Silva*³¹⁶

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a relevância da execução de medidas de busca e apreensão nas denominadas Operações de Contrainteligência Policial, isto é, aquelas ações especializadas destinadas a reprimir a infiltração de organização criminosa em instituição policial.

Contudo, para atingir-se o ora proposto, deve-se trilhar um caminho que se inicia com um breve estudo do conceito de inquérito policial, segue para a análise das medidas de busca e apreensão no processo penal, para depois buscar conceituar a atividade de contrainteligência policial.

Por fim, analisar-se-á as especificidades de buscas e apreensões executadas em operações de contrainteligência policial e sua relevância como meio de prova, em especial diante da nova metodologia de enfrentamento de ameaças, denominada F3EAD - sigla, em inglês para: Encontrar (*Find*), Identificar (*Fix*), Encerrar (*Finish*), Explorar (*Exploit*), Analisar (*Analyse*) e Difundir (*Disseminate*).

1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ATRAVÉS DO INQUÉRITO POLICIAL

Em que pese não ser o inquérito policial e seus objetivos o principal tema

³¹⁶ Possui Mestrado em Ciência e Sistemas de Informações Geográficas pela Universidade Nova de Lisboa, revalidado pelo Programa de Pós Graduação em Geografia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, e em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército. Atualmente é Delegado - Departamento de Polícia Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Análise Criminal e Inteligência. É Delegado de Polícia Federal e Superintendente Regional da Polícia Federal no Rio Grande do Norte.

deste artigo, não se pode iniciá-lo sem que se teça breves considerações a respeito de tão importante instrumento da persecução penal.

Isso ocorre porque as medidas de busca e apreensão que serão discutidas aqui tratam-se de medidas deferidas por juiz criminal no interesse específico de uma investigação criminal desenvolvida através do mecanismo previsto especificamente em lei: o inquérito policial.

Como se demonstrará adiante, de forma aprofundada, as denominadas operações de contrainteligência policial sobre as quais se tratará são, na verdade, investigações criminais qualificadas pelo seu objeto, isto é, a infiltração de organizações criminosas em instituições policiais e pelo emprego de técnicas especiais de investigação, baseadas em ações de inteligência.

Assim, toda e qualquer operação de contrainteligência, no sentido que será abordado neste texto, desenvolve-se e formaliza-se através de um inquérito policial, o que torna uma breve discussão sobre esse instituto obrigatória.

A doutrina tradicional define o inquérito policial como mero procedimento administrativo com fim de fornecer justa causa para a propositura de ação penal pelo seu titular.

Neste sentido:

“A investigação criminal não é um fim em si mesma, mas um meio que visa a um fim, que é justamente a propositura da ação penal, sendo certo que os elementos de convicção colhidos no curso da investigação se esgotam, em sua grande maioria, uma vez cumprido esse objetivo.” (BASTOS 2004, 88)

No entanto, tal definição é fruto da indigência de estudos sobre tão importante instituto, que fundamenta percentual extremamente significativo das ações penais em trâmite no Brasil.

Essa visão unilateral do trabalho da polícia judiciária como mera fonte de subsídio à acusação não se coaduna não só com a estrutura constitucional do processo penal brasileiro, mas também com a própria definição das funções dessas organizações policiais previstas na nossa Carta Política.

Conforme o art. 144 da Constituição Federal, em seus § 1º e 4º, compete às Polícias Federal e Civis a apuração das infrações penais, ou seja, a verificação da verdade sobre os fatos ocorridos, identificando autores caso tenha ocorrido delito e apontando a inocência de possíveis suspeitos, ou ainda, concluindo pela inexistência de fato criminoso.

Tal caráter imparcial do inquérito policial não é novo, sendo mencionado expressamente na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal (CPP), como se verifica do trecho transcrito a seguir: “(...) é ele (inquérito policial) uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão dos fatos.”

Assim, afirma-se que o objetivo do inquérito policial não é servir como base a acusação, como repetido em nossas escolas de Direito, mas sim buscar a verdade dos fatos, apontando culpados quando houver e comprovando a inocência, nos casos em que isso se fizer necessário.

Assim, a investigação criminal através do inquérito policial é aquela que mais se aproxima do objetivo traçado por Carnelutti nesta fase da persecução penal, pois segundo ele “*a investigação criminal não se volta mais à comprovação de um delito, do que para excluir imputações descabidas e aventuradas*” (CARNELUTTI, Direito Processual Penal Vol.2 2001, 113).

Assim:

“E mais: mesmo uma vez comprovada a prática delituosa e oferecida denúncia pelo *Parquet*, as provas produzidas na fase investigativa continuarão a integrar o processo, independentemente do fato de se tratarem de elementos de convicção que favoreçam à tese acusativa ou de defesa.

Em outras palavras: a investigação criminal se dirige não apenas ao *Parquet*, mas também ao investigado (para o exercício de sua atividade defensiva, seja nos autos do próprio inquérito, de forma deferida, ou no âmbito do posterior processo penal, de forma ordinária) e à própria autoridade judiciária, constitucionalmente encarregada de zelar pela sua legalidade e pelo deferimento de eventuais medidas judiciais que se façam necessárias ao seu regular curso.” (PERAZZONI 2012).

Ressalte-se, ainda, que reforçando a importância da defesa no inquérito policial, sancionou-se, em 12/01/2016, a lei 13.245/2016 que amplia a atuação do advogado no inquérito policial.

Desse modo, procurou-se nestas primeiras linhas, delimitar-se o presente trabalho, vez que, ao se referir a operações de contrainteligência policial, tratar-se-á, tão somente, de investigação qualificadas por seus objeto e técnicas, desenvolvidas sempre através de um inquérito policial, presidido por delegado de polícia, por se entender que este é o mais eficiente e relevante mecanismo de investigação, em especial para investigações de grande complexidade e com envolvimento de integrantes de corpos policiais entre os investigados.

Isso ocorre porque só um corpo de policiais altamente treinados e qualificados, com o uso de meios modernos de investigação podem fazer frente ao desafio das organizações criminosas que se infiltram no aparelho de segurança pública do Estado.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA BUSCA E APREENSÃO

2.1. Objetivo de Medidas Cautelares Penais

A existência de um processo cautelar na esfera penal é um tema que gera divergências.

Isso ocorre, principalmente, pois toda a teoria das medidas cautelares foi construída tendo como fundamento às características do processo civil, que muitas vezes o distinguem do processo penal.

Assim, segundo SOUZA (2011):

“Os estudos acerca da Teoria Geral das Medidas Cautelares (ou de Urgências), da mesma forma que são vistas hoje, tiveram seu início com os autores italianos, em especial no século XX, quando se apresentaram sucessivos estudos sobre o assunto. Muito embora, encabeçado por Giussepe Chiovenda e seguido por Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, no âmbito do processo civil.”

Para Carnelutti (2005), o processo cautelar seria um tipo autônomo de processo, ao lado dos tradicionais processos de conhecimento e execução, se caracterizando por mesclar características de cada um dos outros tipos de processos, pois possui como conteúdo a própria lide.

É neste ponto em que se fundamentam os que afirmam inexistir processo cautelar na seara penal, já que a própria existência da lide é uma questão controversa no processo penal.

Ora, segundo a maior parte da doutrina não há o que se falar em lide no processo penal, já que inexistente conflito de interesses entre pretensões resistidas. O que se busca no processo penal é tão somente a autorização para o Estado exercer seu direito subjetivo de aplicar a sanção penal (SOUZA 2011). Não existindo lide para ser protegida pela ação cautelar, seria impróprio defender sua autonomia no âmbito criminal.

Assim, no processo penal, as medidas cautelares deixam de ser, como apontado por Carnelutti (2005), uma terceira espécie de processo, já que, como mencionado acima, não existe pretensão resistida nesse caso.

Nesse mesmo sentido:

“[...] inadequando-se, como visto, a transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter-se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei; e b) dispicienda mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni iuris*-, para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, medida cautelar penal” (TUCCI 2002).

Ainda segundo Vicente Greco Filho:

“Também inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o seqüestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento” (1991).

Verifica-se, pois, que, embora majoritariamente a doutrina negue a existência de um processo cautelar penal autônomo e, por consequência, a de uma ação cautelar penal, há unanimidade em reconhecer a existência de medidas cautelares penais (C. E. GONÇALVES 2013).

Pergunta-se, então, em que consistiriam tais medidas cautelares?

A persecução penal se dá através de diversos atos concatenados que se realizam em duas fases distintas: a investigação preliminar, esta pré-processual, e o processo penal propriamente dito, cada uma com objetivos diversos, porém complementares.

A investigação criminal, como já dito acima, tem como função constitucional a apuração de fatos, em tese, delituosos e não o mero fornecimento de elementos que subsidiem o início do processo penal. Deve, portanto, buscar esclarecer o fato sob análise em todas as suas circunstâncias, de forma imparcial, apurando situações que favoreçam, tanto a defesa do investigado quanto à acusação.

Já o processo penal tem como objetivo reconhecer o direito subjetivo do Estado de aplicar a sanção penal ao réu, sendo em quase a totalidade dos casos precedida pelo inquérito policial, única forma de investigação de delitos mais complexos regulamentada detalhadamente em lei, embora a jurisprudência do STF reconheça outras formas de apuração preliminar, como a executada diretamente pelo Ministério Público.

Dessa feita, desde o início da persecução penal, podem ocorrer situações que comprometam os objetivos de cada uma de suas fases, caso não sejam adotadas ações imediatas. Estas ações são as medidas cautelares penais. No ensinamento de Ada Pellegrini Grinover *et ali*: “a medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita” (2006).

Assim, as cautelares no processo penal têm como objetivo resguardar, não somente o processo penal, mas também a sua fase inicial, isto é, a investigação preliminar, na sua busca da verdade, já que esta possui, como se disse, objetivo diverso da fase *in judicio*, já que esta pode atingir seu fim mesmo sem a existência de um processo futuro, pois pode concluir pela atipicidade da conduta ou, ainda, mais relevante, pela inocência do investigado.

Ao contrário, quando os fatos apurados pela investigação preliminar apontarem pela inexistência de crime de forma indiscutível, ou seja, apontarem para a ausência de justa causa, a própria existência da ação penal representaria um atentado aos direitos e garantias fundamentais do réu, passível, inclusive, de ser enfrentada por intermédio de *habeas corpus*.

Conclui-se, pois, que as medidas cautelares penais têm como escopo resguardar a persecução penal como um todo, permitindo que ambas as fases atinjam seus objetivos, mesmo em face de atos que se apresentem de forma urgente, sob pena de prejuízos irreparáveis.

Desse modo e diante da responsabilidade constitucional da Polícia Judiciária de apurar as infrações penais, qualquer entendimento que afaste a legitimidade da autoridade policial de se dirigir ao Judiciário para solicitar medidas cautelares de fundamental importância para que a fase pré-processual atinja seu objetivo não pode ser admitida por contrariar o desenho constitucional do sistema de persecução penal brasileiro, além de ser, obviamente, contrário à lei posta.

Requisitos para a concessão.

Em razão de sua natureza urgente e de sua finalidade, a doutrina civilista estabeleceu como requisitos para a concessão de medidas cautelares o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (LIEBMAN 2005).

O primeiro é baseado em um juízo de probabilidade do direito pleiteado, fundado tão somente em análise superficial e meramente sumária, mas com fundamento suficiente para embasar a concessão da medida.

O segundo se refere a real probabilidade do perigo para a tutela do que ora se pleiteia, tornando difícil ou mesmo impossível sua implementação em momento posterior, em caso de indeferimento da medida (LIEBMAN 2005).

Para a grande maioria dos doutrinadores há uma impropriedade terminológica em se adotar a nomenclatura do Direito Processual Civil no campo criminal, já que não se pode afirmar que o delito possui uma “fumaça do bom direito”, já que este por definição é a negação do Direito. Ademais, o perigo, neste caso, se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à ordem pública ou econômica, à conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal. Portanto, os requisitos para a concessão de cautelares no processo penal são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (LOPES JR 2010).

O primeiro representa a probabilidade do investigado ou réu ser o autor do delito sob investigação ou a ele imputado, isto é, a existência de materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria (RANGEL 2010).

Já o segundo refere-se ao perigo que a liberdade do investigado/ acusado ou ainda a demora na execução da medida podem representar para a investigação ou para o processo, seja através da destruição de provas, de ameaças a testemunhas, da ocultação de patrimônio etc. (C. E. GONÇALVES 2013).

Tipos de Medidas Cautelares Penais

As medidas cautelares penais são divididas, doutrinariamente, em três tipos (POLASTRI 2008):

- a) Medidas Cautelares pessoais, isto é, aquelas que recaem diretamente sobre a pessoa

do investigado/acusado (prisões processuais e medidas alternativas a prisão, como o uso de tornozeleira eletrônica);

- b) Medidas Cautelares Probatórias são aquelas que tem como objetivo resguardar a prova de seu perecimento, seja em razão do decurso do tempo, seja em razão da ação de alguém (busca e apreensão e depoimento *ad perpetuam rei memoriam*); e
- c) Medidas Cautelares Reais ou Assecuratórias (sequestro, arresto e hipoteca legal), recaindo sobre bens do investigado/acusado, com o objetivo de salvaguardar a reparação do dano sofrido e o pagamento de multa e custas processuais, de forma a evitar que o delito resulte em vantagem econômica para o infrator.

No presente trabalho, interessam diretamente as medidas cautelares probatórias de busca e apreensão.

2.4 Medidas Cautelares de Busca e Apreensão

Inicialmente, cabe reforçar que busca e apreensão, apesar da íntima ligação entre ambas, possuem conceitos diversos, podendo ocorrer busca sem apreensão (como quando não encontrado objeto relacionado no mandado) ou ainda apreensão sem busca (apreensão de veículo utilizado no crime, encontrado em via pública).

Desse modo, a busca se constitui na pesquisa, na procura ou investigação efetuada pela autoridade com atribuição legal, que possa interessar à persecução penal (DUTRA, Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas 2007).

Caracteriza-se como meio coercitivo para a obtenção de coisas ou pessoas, sendo admitida como exceção às garantias individuais, desde que respeitadas as determinações constitucionais e legais, possuindo o objetivo de assegurar para o processo coisa que possa vir a ser utilizada como prova, ou ainda, pessoa inimputável, substituindo neste caso a prisão processual. (MANZINI 2005).

Da própria definição se intui que a busca possui natureza cautelar, já que destinada a assegurar a pesquisa ou procura de objetos ou pessoas que possam interessar à persecução penal, podendo ser executada em qualquer fase desta.

A busca pode ser domiciliar ou pessoal.

Quando executada em domicílio, sua execução depende de prévia expedição de Mandado de Busca e Apreensão pelo Poder Judiciário, já que implica restrição a garantias fundamentais (intimidade, inviolabilidade do domicílio, etc.), salvas as exceções constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, CF 88). Mesmo quando autorizadas pelo juiz competente, ainda assim, sofrem restrições para sua execução, não podendo ser executada no período noturno (art. 245, CPP).

Já a busca pessoal não depende de mandado judicial, porém, também depende de requisitos legais para que sua execução não se constitua em abuso de autoridade. Assim, para ser executada, deve existir fundada suspeita de porte de armas ou objetos que constituam corpo de delito, ou ainda que sejam de interesse para a prova penal (art. 240, § 2º, CPP), em caso de prisão ou durante a execução de busca domiciliar (art. 244).

Quanto à medida de apreensão, embora o próprio legislador e parte importante da doutrina a considere como parte integrante da medida única de busca e apreensão entende-se ser melhor caracterizá-la como medida cautelar diversa, ainda que na prática sejam complementares (SOUZA 2011).

Contudo, ambas podem existir de forma independente, já que pode ser realizada busca sem que haja apreensão de coisa alguma, bem como podem ser apreendidas coisas sem que haja uma busca precedente.

Ademais, a apreensão de objetos que guardem relação com o crime decorre diretamente da legislação adjetiva penal, já que em seu art. 6º, o CPP determina que o delegado de polícia apreenda tudo que interessar à investigação.

Contudo, é indiscutível sua natureza cautelar, já que tem como objetivo resguardar e assegurar coisas ou pessoas que interessem à persecução penal, em qualquer uma de suas fases (DUTRA 2007).

3. OPERAÇÕES DE CONTRAINTELIGÊNCIA POLICIAL

Antes de partirmos para analisar as operações de contrainteligência policial, é necessário definir alguns conceitos.

3.1 Conceito de Inteligência

Não se pode falar em conceito de inteligência no Brasil sem citar a definição legal, prevista no art. 1º, § 2º da lei 9883/99, que criou o Sistema Brasileiro de Inteligência:

“(..) a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.”

Contudo, a definição legal é estreita e não abrange todas as facetas da atividade de inteligência, já que menciona apenas uma: a inteligência estratégica, destinada a subsidiar o processo decisório das altas autoridades da República. Contudo, a atividade de inteligência perpassa diversas áreas de interesse, seja no campo público ou no privado, tais como a inteligência militar, fiscal, competitiva (destinada às empresas), de segurança pública, etc.

Esta última, dada a vastidão de seus interesses, divide-se em Inteligência Penitenciária e Inteligência Policial, sendo a primeira desenvolvida pelas autoridades dos Sistemas Prisionais e a segunda pelas Polícias (PACHECO 2005).

Além disso, a definição acima desconsidera por completo o emprego da inteligência nos níveis táticos e operacionais, preocupando-se tão somente com o estratégico.

Portanto, acredita-se que, para o presente estudo, o conceito legal não é o mais adequado, já que não aborda a inteligência policial, seu tema principal.

Buscar-se-á, então, na doutrina um conceito mais abrangente para atividade de inteligência. O conceito mais difundido é o de Sherman Kent (1951), que aborda a inteligência a partir de uma visão trina, isto é, a inteligência sendo a atividade de produção de Conhecimento com fins de subsidiar o processo decisório, mas também a organização que o produz, além do próprio conhecimento em si.

Cita-se, ainda, a definição de Marco Cepick (2003), segundo o qual, “inteligência é toda informação coletada, organizada ou analisada para atender as demandas de um tomador de decisões”.

Desse modo, verifica-se que a atividade de inteligência tem como principal objetivo a produção de conhecimentos de modo a subsidiar determinado processo decisório.

Contudo, a inteligência não produz apenas conhecimento, mas também protege o conhecimento produzido pela sua organização. Pode-se, pois, então dividir a atividade de inteligência em dois ramos distintos: a inteligência, ao qual compete a produção de conhecimento, e a contrainteligência, incumbida de protegê-lo” (GONÇALVES 2009).

3.2 Inteligência de Segurança Pública

A já mencionada lei 9.883/99 disciplinou basicamente as atividades de Inteligência estratégica de Estado, executadas pelo SISBIN e coordenadas pela Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).

Desse modo, as demais categorias da atividade de inteligência (militar, fiscal, de segurança pública) precisaram recorrer a outros documentos, oficiais ou doutrinários, para que suas atividades fossem executadas de forma minimamente regulamentada.

Assim, através do Decreto 3.448/2000, foi criado o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP), tendo como órgão central inicialmente a ABIN, porém, dada a inadequação de tal estrutura, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) passou a ocupar tal posição, conforme estabeleceu outro decreto promulgado logo após (Decreto 3695/2000) (MOREIRA 2013).

Segundo o artigo 1º do mencionado decreto, a finalidade do SISP é “coordenar e integrar as atividades de inteligência de segurança pública em todo o País, bem como suprir os governos federal e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões neste campo”.

Como órgão central do SISP, coube à SENASP coordenar os trabalhos de elaboração da Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP), como forma de padronizar e estabelecer orientações e diretrizes de

forma mais detalhada do que o normativo (decreto) que criou o SISP, respeitando as especificidades que caracterizam a atividade de inteligência em órgãos de Segurança Pública.

Uma dessas particularidades que interessa diretamente a este trabalho diz respeito ao ramo da Contrainteligência, isto é, como já se mencionou, aquele responsável pela proteção ao conhecimento produzido.

Tradicionalmente, dividem-se as atividades de contrainteligência em dois segmentos (GONÇALVES 2009): Segurança Orgânica, de caráter eminentemente defensivo, estabelecendo normas com o intuito de impedir e obstruir a ação de forças adversas; e Segurança Ativa, representando as medidas proativas de proteção do conhecimento, como a contrapropaganda, contraespionagem, contrasabotagem, etc.

Contudo, a DNISP (BRASIL 2014) estabeleceu um terceiro segmento, a Segurança de Assuntos Internos, cuja função é subsidiar os trabalhos correccionais dos órgãos de Segurança Pública, isto é, de assessorar as ações de repressão aos desvios de conduta de servidores, em especial, de policiais.

Tal assunto mereceu especial tratamento na DNISP, a ponto de adicionar-se um novo segmento às atividades de contrainteligência em razão do alto risco de infiltração e de corrupção a que estão expostos os servidores da área de Segurança Pública, pela própria natureza do trabalho policial.

3.3 Inteligência Policial Judiciária

A Inteligência de Segurança Pública é, ainda, classificada de acordo com a instituição que a produziu, ou seja, Policial Militar, quando produzida por órgão de inteligência das Polícias Militares; Bombeiro Militar, elaborada pelos Corpos de Bombeiros Militares; Polícia Rodoviária Federal, destinada a assessorar o processo decisório desta instituição e Policial Judiciária, produzida pelas Polícias Civil e Federal (BRASIL 2014).

Esta última, além de ter a finalidade ordinária da atividade de inteligência, isto é, assessorar o processo decisório das instituições as quais estiverem vinculadas, excepcionalmente destina-se à produção de provas em investigação criminal (BRASIL 2014).

É justamente nessa função subsidiária que cresce em importância o uso das medidas cautelares judiciais, já que estas se constituem em meios de produção de provas.

Reafirmando a possibilidade, ainda que subsidiária, de órgãos de inteligência realizarem investigações criminais, mormente aqueles subordinados à polícias judiciárias, cita-se o conceito de operação de inteligência policial retirado da Doutrina de Inteligência Policial da Polícia Federal:

“É o conjunto de ações especializadas desencadeadas para suprir a necessidade do acesso ao dado negado, necessário à elaboração ou proteção de um conhecimento de inteligência ou para subsidiar a formação do corpo probatório de uma investigação.” (BRASIL 2015)

Assim, pode-se definir como operação de contrainteligência policial, para fins deste estudo, como ação destinada a subsidiar determinada apuração penal e que contribua para a proteção do conhecimento produzido por aquele órgão policial, mormente destinada a apurar possível participação de policiais em organizações criminosas, tratando-se, pois, de uma medida de segurança de assuntos internos, conforme classificação da DNISP.

Logo, analisar-se-ão as medidas de busca e apreensão como meios de busca de evidências judicialmente aceitas, em uma investigação criminal qualificada pelas técnicas utilizadas e pelas características dos investigados, denominada Operação de Contrainteligência Policial.

4. METODOLOGIA DE ENFRENTAMENTO DE AMEAÇAS (F3EAD)

É indiscutível que uma das maiores ameaças a qualquer instituição policial é a infiltração de membros de organizações criminosas, a tal ponto da DNISP criar uma categoria de contrainteligência especialmente destinada a evitá-la.

Portanto, é natural que se busque sempre empregar as mais modernas metodologias no enfrentamento dessa ameaça, dentre as quais se destaca a denominada F3EAD.

4.1 Conceito de F3EAD

Trata-se do acrônimo, em inglês, das seguintes palavras: **Encontrar** (*Find*), **Identificar** (*Fix*), **Encerrar** (*Finish*), **Explorar** (*Exploit*), **Analisar** (*Analyse*) e **Difundir** (*Disseminate*).

É um sistema caracterizado pela fusão entre o trabalho de inteligência e operações, no qual se estabelece, com base em análise de inteligência, os alvos prioritários. Uma vez estabelecidos os objetivos, ainda a inteligência aponta os meios de atingi-los, ações estas que são executadas pela área de operações (FAINT e HARRIS 2012).

É uma metodologia inicialmente desenvolvida para aplicação em Operações Militares Especiais, sendo que sua aplicação em Operações de Inteligência Policial, aqui entendidas como investigações qualificadas como já dito acima, foi inicialmente desenvolvida pelo Delegado de Polícia Federal Elzio Vicente da Silva, em fóruns internos da Polícia Federal.

A seguir, vê-se uma figura demonstrando o processo acima referido:

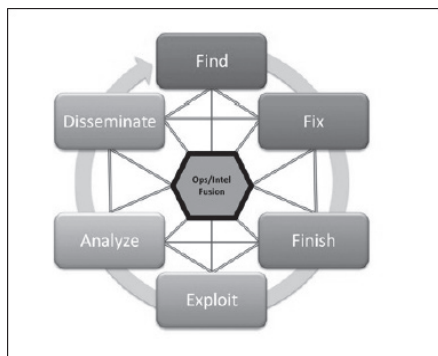


Figura 1 – Processo F3EAD. Fonte: Faint e Harris, 2012

Importante ressaltar na figura acima o destaque que se dá a verdadeira fusão entre as atividades de inteligência e operações, bem como o papel destacado que a atividade de inteligência possui na referida metodologia, impactando de forma direta todas as fases do processo, mesmo naquelas em que há um forte componente operacional, vez que este é orientado por aquela.

4.2 F3EAD e Operações de Inteligência Policial

O emprego da metodologia F3EAD em operações de Forças Especiais tem sua origem em diversos métodos de identificação de objetivos, porém com um grande diferencial: grande ênfase no esforço de inteligência, isto é, na parte “explorar-analisar e disseminar” (FAINT e HARRIS 2012).

Desse modo, em operações militares, o aproveitamento das informações obtidas em fases iniciais da ação garante o prosseguimento das operações, permitindo que se alcancem alvos mais compensadores, sem que se permita que as ameaças iniciais permaneçam atuando.

Justamente são essas características que levaram ao emprego da presente metodologia em operações de inteligência policial, já que permitem o faseamento da investigação, encerrando-se a atuação criminosa ao menos de parcela considerável da organização investigada de modo mais rápido do que usualmente se faria e de forma mais efetiva, já que cada fase é amparada por um trabalho de inteligência prévio mais eficiente.

A aplicação do método F3EAD a investigações criminais complexas se daria da seguinte forma:

1. Encontrar: Informações de inteligência inicial produzidas pela própria polícia ou recebidas de outro órgão noticiam a existência de uma organização criminosa cuja investigação exige o emprego de técnicas especiais de investigação. Diligências preliminares confirmam a notícia acima.

2. Identificar: Iniciada a operação pela instauração do inquérito policial, buscar-se-á materializar a ação da organização criminosa, bem como individualizar a conduta de seus integrantes. Contudo, neste ponto há uma relevante diferença entre a metodologia ora proposta e a empregada usualmente: enquanto pelo método tradicional esta fase da investigação duraria até que fossem esgotadas todas as possibilidades de aprofundamento, no processo F3EAD uma vez recolhidos indícios de autoria e materialidade dos investigados iniciais, deflagra-se a fase ostensiva da operação, cumprindo-se os mandados de busca e apreensão, condução coercitiva e prisão eventualmente expedidos.
3. Encerrar: Com a deflagração da fase ostensiva, encerra-se a atuação do grupo inicialmente investigado. Assim, ao contrário da metodologia usual, a ameaça representada pelo grupo inicialmente investigado é encerrada de forma mais rápida, diminuindo assim os riscos causados por ele. Tais riscos são exponencialmente multiplicados em operações de contrainteligência que investigam, por definição, a infiltração de organizações criminosas em estruturas policiais.
4. Explorar: Deflagrada a fase ostensiva inicial, espera-se, como já mencionado, encerrar ou ao menos reduzir os riscos do grupo inicialmente investigado. Contudo, organizações criminosas complexas não têm suas atividades encerradas através de ações únicas e rápidas. Para se atingir tal objetivo é que a metodologia anterior exigia até mesmo anos de trabalho investigativo minucioso, permitindo, porém, que a atuação criminosa se perpetuasse durante todo esse tempo. Com a metodologia ora proposta, encerram-se as atividades de parte da organização criminosa, através de investigações mais rápidas. No entanto, os dados obtidos durante a fase ostensiva inicial são detalhadamente explorados, subsidiando investigações subsequentes, permitindo uma apuração mais aprofundada a respeito das ações da organização criminosa.
5. Analisar: De posse do material e dos dados obtidos a partir da fase ostensiva (principalmente depoimentos e cumprimento de mandados de busca e apreensão), passa-se à sua análise. A partir de tal tarefa, aprofundam-se as informações e conhecimentos a respeito da organização criminosa, permitindo-se conhecer seu funcionamento de forma mais detalhada e a identificação de participantes desconhecidos até então e que, muitas vezes, ocupam os mais altos graus na hierarquia delituosa. Enfim, permite-se uma melhor produção de provas e obtém-se uma investigação mais qualificada.
6. Difundir: Uma vez analisados os dados acima mencionados, as informações decorrentes de tal trabalho devem ser utilizadas para o início de novas investigações que possibilitem a descoberta de novas ramificações da organização criminosa, reiniciando-se o ciclo.

4.2.1 F3EAD e Operações de Contrainteligência Policial

Como já mencionado no âmbito deste trabalho, o conceito de Operações de Contrainteligência Policial corresponde às ações que visam subsidiar a produção de prova penal em investigações destinadas a impedir a infiltração de organizações criminosas em organizações policiais.

Tal risco é tão elevado e de consequências tão danosas que foi criada na

DNISP uma categoria própria: Contraineligência de Assuntos Internos (BRASIL 2014).

Dada a enorme complexidade desse tipo de investigação, nada mais adequado que o emprego da metodologia F3EAD para o enfrentamento de tal ameaça, já que sua utilização permite uma redução mais rápida do risco representado por determinada organização, ao permitir a deflagração de ações ostensivas à medida que se comprova autoria e materialidade de parte da organização criminosa, ao mesmo tempo que possibilita uma coleta mais adequada de dados, aliada a uma análise mais aprofundada das informações produzidas nas diversas fases ostensivas.

Desse modo, alia-se uma produção de prova robusta a uma redução do risco mais rápida, já que não mais se espera a descoberta de toda a ação de determinada organização criminosa para avançar à fase ostensiva.

Ao contrário, faseia-se a investigação, robustecendo a produção de provas com os indícios obtidos nas fases anteriores.

Em relação aos mandados de busca e apreensão, a análise do material apreendido durante o seu cumprimento representa um enorme diferencial para as fases posteriores, já que os documentos apreendidos representam uma imensa fonte de indícios que permitem aos investigadores aprofundarem a estrutura e atuação da organização criminosa. Por isso, o emprego da metodologia F3EAD está profundamente relacionado à utilização das medidas cautelares de busca e apreensão.

5. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho buscou-se demonstrar a relevância das medidas cautelares de busca e apreensão como meios de prova em investigações complexas que versem sobre atuações de organizações criminosas, em especial aquelas destinadas a combater a infiltração dessas em organizações policiais, isto é, as denominadas operações de contraineligência policial.

Para tanto, demonstrou-se a necessidade de superação do velho paradigma a respeito do inquérito policial como mero procedimento administrativo preparatório destinado a demonstrar a existência de justa causa para a propositura de futura ação penal.

A visão moderna e mais adequada à Constituição Cidadã é considerar a autonomia do inquérito policial, como meio de busca da verdade, tanto servindo para, se for o caso, apontar a autoria e materialidade de determinado delito, mas principalmente para evitar que cidadãos sejam submetidos a processos penais sem que haja um mínimo de indícios de autoria, destinando-se, portanto, tanto à acusação quanto à defesa.

Desse modo, a necessidade de reafirmar a capacidade de representação direta ao juízo pelo delegado de polícia é, na verdade, uma garantia de que um agente

sem interesse na futura persecução penal possa manejar instrumento indispensável à reconstituição do fato investigado. Garante-se, assim, o direito do cidadão a uma investigação completa e conduzida por agente público sem interesse em futura condenação.

Procurou-se ainda conceituar a atividade de inteligência e suas finalidades, isto é, produzir conhecimento para assessorar o processo decisório, bem como proteger o conhecimento produzido. Ressalte-se que no caso de inteligência policial judiciária, isto é, aquela realizada pelos órgãos policiais constitucionalmente destinados à investigação criminal, agrega-se outra função, qual seja, subsidiar a produção de provas em inquéritos policiais.

A proteção ao conhecimento é realizada pelo ramo da inteligência denominado contrainteligência, que no caso de inteligência de segurança pública deve ainda proteger o órgão policial da infiltração de criminosos, através de medidas de segurança de assuntos internos.

Para tanto, o meio mais eficaz é a realização de operações de contrainteligência policial, significando investigações qualificadas pelas técnicas especiais de investigação empregadas com o objetivo de encerrar as atividades de organização criminosa que teria se infiltrado em organizações policiais, conforme delimitado para fins deste artigo.

Buscou-se, ainda, demonstrar os benefícios propiciados pelo emprego da metodologia de enfrentamento de ameaças denominada F3EAD, já que esta, através do faseamento da investigação criminal permite uma redução do risco representado pela organização criminosa em tela, bem como uma melhor apuração dos fatos, já que os indícios levantados nas fases iniciais robustecem e subsidiam as fases seguintes, contribuindo dessa forma para a elucidação dos fatos investigados em toda a sua extensão, objetivo fim da investigação criminal em geral e do inquérito policial em particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Marcelo Lessa. A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- BRASIL. Doutrina de Inteligência Policial. Brasília: Polícia Federal, 2015.
- . Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. Direito Processual Penal Vol.2. Campinas: Peritas, 2001.
- . Lezioni di Diritto Processuale Civile, Vol II. p. 60. APUD CARPENA, Márcio L. Do Processo Cautelar Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CEPICK, Marco A. C. Espionagem e Democracia. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- DUTRA, Luciano. Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito, 2007.

- . Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito, 2007.
- FAINT, Charles, e Michael HARRIS. F3EAD: Ops/Intel Fusion Feeds The SOF Targeting Process. 31 de 01 de 2012. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/f3ead-opsintel-fusion-%E2%80%9Cfeeds%E2%80%9D-the-sof-targeting-process> (acesso em 19 Abr 2016).
- GONÇALVES, Carlos Eduardo. “As Medidas Cautelares no Processo Penal.” Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão de curso de Especialização em Direito na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro., Rio de Janeiro, 2013.
- GONÇALVES, Joanisval Gonçalves. Atividade de Inteligência e Legislação Correlata. Niterói: Impetus, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio C de Araújo CINTRA, e Cândido Rangel DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- KENT, Sherman. Strategic Intelligence for American World Policy. Princeton: Princeton University Press, 1951.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MANZINI, Vincenzo. Trattato de diritto processuale penale italiano: secondo il nuovo codice. Torino: Torinese, 1932. p. 530. Apud. BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA, Jussara Carla Bastos. “Inteligência Policial como meio de prova: Considerações sobre sua utilização.” Revista Segurança Pública & Cidadania. Brasília, v. 6, n. 1, jan/jun, 2013: 85-114.
- PACHECO, Denilson Feitosa. “Advogado.br.” Atividades de inteligência e processo penal. In: IV Jornada Jurídica da Justiça Militar da União – Auditoria da 4ª CJM. 30 de 09 de 2005. <http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2005/denilsonfeitozapacheco/atividade-deinteligencia.htm> (acesso em 19 de fev de 2016).
- PERAZZONI, Franco. “Investigação Criminal e Prova na CF/88: Objetivos, destinatários e limites da atividade probatória no curso do inquérito policial.” Conteúdo Jurídico, 19 de Outubro de 2012: Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40098&seo=1>>. Acesso em: 21 jan. 2016.
- POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.
- SOUZA, Diogo Rosa. “O Caráter Cautelar das Medidas de Busca e Apreensão no Processo Penal Brasileiro.” Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição. Porto Alegre: PUCRS, 2011. 66-83.
- TUCCI, Rogério Laura. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: 2002, 2002.

Capítulo X

BUSCA E APREENSÃO DE OBRAS DE ARTE

Márcio Adriano Anselmo³¹⁷

INTRODUÇÃO – O INSTITUTO DA BUSCA E APREENSÃO

O instituto da busca e apreensão encontra-se normatizado no Capítulo XI, artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal. Segundo Tonini³¹⁸ “é um meio de investigação da prova que tem a finalidade de assegurar determinado objeto para o processo ou de permitir a prisão de uma pessoa”. A busca distingue-se de outras medidas cautelares, como por exemplo no caso do sequestro, uma vez que não há necessidade de descrição detalhada da coisa a ser buscada, ou de indicação do local onde pode ser localizada.

Antonio Scarance Fernandes³¹⁹ estabelece a busca e apreensão como subgrupo dos meios de pesquisa ou de obtenção de prova, cuja classificação abrange também os exames, as vistorias e as revistas; as buscas, as apreensões e os sequestros; as interceptações, escutas e quebras de sigilo; e as ações especiais para investigação da criminalidade organizada, como as ações encobertas, infiltração e vigilância.

A busca, que pode ser pessoal ou domiciliar, nos interessa aqui na segunda modalidade, enquanto medida cautelar real (embora tratada no capítulo das provas, conforme destaca Julio Fabrini Mirabete³²⁰),³²¹ tratada no artigo 240 §1º, que assim estabelece:

317 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília; Delegado de Polícia Federal.

318 TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 244.

319 FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance. ALMEIDA, Jose Raul Gavião de. MORAES, Mauricio Zanoide de. **Provas no Processo Penal – Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

320 MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 621.

321 De modo diverso, por exemplo, no ordenamento jurídico italiano, o Código de Processo Penal disciplina, em títulos diferentes, os meios de prova (*mezzi di prova*) que oferecem ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis dos meios de pesquisa da prova (*mezzi di ricerca della prova*), onde se incluem as buscas, que servem para adquirir coisas materiais dotadas de força probatória (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 309).

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

O Código de Processo Penal dispõe ainda, no artigo 245, que, em regra, a busca domiciliar será realizada durante o dia:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

O artigo 5º, XI da CF, ao tratar da inviolabilidade do domicílio, novamente destaca como exceção o cumprimento de ordem judicial, durante o dia.

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;

O tema do presente artigo envolve a busca e apreensão de obras de arte, que ganhou notoriedade em casos recentes e que pode ser enquadrada nos seguintes incisos do artigo 240, §1, do CPP:

- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- [...]
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- [...]
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Como exemplo da alínea “b”, podemos citar a obtenção, por exemplo, de obras de arte como pagamento de corrupção. Importante a ressalva de Aury Lopes Junior³²² no sentido de que podem se confundir com o próprio corpo de delito.

322 LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 657.

No caso da alínea “c”, tratar-se-ia de eventuais casos específicos relacionados à falsificação de obras de arte; Já a alínea “e” pode caracterizar elementos que destinem a comprovar a prática de uma infração, como por exemplo, no caso uma obra de arte dada como pagamento de um ato ilícito, furtada, etc; A alínea “h”, por sua vez, trata-se de uma válvula de escape, que visa atenuar as alíneas anterior que elencam “*numerus clausus*” os casos de cabimento de busca domiciliar (destacando-se que a busca domiciliar pode abranger também a busca no local de trabalho).

1. BUSCA E APREENSÃO DE OBRAS DE ARTE

“Quadro de Gauguin é vendido por R\$ 835 milhões, o maior valor da história. Pintura, que pertencia a colecionador suíço, teria sido arrematada por museu do Catar”. Essa foi a manchete divulgada em diversos meios de comunicação em 07/02/2015, após o leilão onde a obra foi arrematada por 300 milhões de dólares³²³.

A notícia colacionada demonstra a relevância do presente tema. Conforme já apontado na introdução, o CPP permite a apreensão de obras de arte em diversas situações, a mais comum delas é a prevista na alínea “b” “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, que autoriza a apreensão do produto ou proveito do crime.

As obras de arte, como se sabe, podem alcançar valores até mesmo inestimáveis, como por exemplo um quadro de um grande pintor, cuja facilidade no transporte e guarda o torna um importante ativo na prática criminosa.

Em que pese a existência de diplomas internacionais, como por exemplo a Convenção para a Proibição e Prevenção de Importação Ilícita, Exportação e Transferência de Propriedade do Patrimônio Cultural, de 14 de novembro de 1970, no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - (Unesco), visando tutelar o cenário, fato é que há um grande vácuo normativo no que tange ao controle desses bens, cujo tráfico internacional é estimado pelo *FBI – Federal Bureau of Investigation* em um montante de aproximadamente seis bilhões de dólares ao ano.³²⁴

Assim, dúvidas não restam quanto à autorização legal prevista no CPP para

323 Conforme notícia divulgada em <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/02/quadro-de-gauguin-e-vendido-por-r-835-milhoes-o-maior-valor-da-historia.html>. Acesso em 16 jun. 2016.

324 COSTA, Tailson Pires da. ROCHA, Joceli Scremin da. A incidência da Recepção e do Tráfico Ilícito de Obras de Arte no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, v. 4, n. 4, 2007, p. 263-282, p. 264.

apreensão de obras de arte. Entretanto, alguns problemas exsurtem diretamente. Vejamos:

Inicialmente, há que ter presente as dificuldades no manuseio, transporte e depósito de eventuais obras de arte apreendidas. Há normas técnicas que devem ser observadas para a armazenagem, como por exemplo o controle de temperatura e umidade, visando não causar danos às obras.

Ademais, ressalte-se ainda a importância da contratação de seguro para tais obras, tendo em vista intercorrências que podem acontecer desde o seu transporte até o armazenamento.

No que tange à comercialização de obras de arte, importante registrar a existência do Cadastro Nacional dos Negociantes de Antiguidades e Obras de Arte – Cnart, que consiste em um sistema informatizado gerenciado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), com o objetivo de armazenar os dados de identificação pessoal dos negociantes, bem como dos objetos por eles comercializados, em cumprimento com os Artigos 26 e 27 do Decreto-Lei nº 25/1937 (que trata da organização e proteção ao patrimônio nacional).

O Cnart mantém o registro dos negociantes (pessoas físicas e pessoas jurídicas) e os agentes de leilões que exerçam, individualmente ou em sociedade empresarial, as atividades de compra, venda direta, em consignação, leilão, agenciamento, comércio eletrônico, importação ou exportação, ou por qualquer outra forma de contratação, de objetos de antiguidade, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros.

2. CASUÍSTICA BRASILEIRA

Um dos casos mais conhecidos de apreensão de obras de arte no Brasil trata-se do Caso envolvendo o ex-banco Santos, citado por Fausto de Sanctis³²⁵ (Ação Penal nº 2004.61.81.008954-9), quando parte dos bens foram confiscados para o pagamento da multa no valor aproximado de cinco milhões de reais, por crimes de quadrilha, gestão fraudulenta de instituição financeira, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

No caso, as obras de arte confiscadas foram destinadas a entidades culturais para que integrassem permanentemente o acervo dessas instituições. Na ocasião, o entendimento na sentença era de que:

Uma obra de arte, seja escultura, pintura, fotografia, etc., não deve pertencer a nenhuma pessoa, nem mesmo a um determinado local, já que se cuida de bem

325 SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte – uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 134-148.

da humanidade. O tratamento devido a esta questão refoge a qualquer interesse de natureza econômica, devendo dar inteira aplicação à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, aprovada pela Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, de 16.11.1972, que consigna que tanto as obras do homem quando os lugares notáveis são considerados patrimônio cultural, protegido, portanto, pela Convenção, sendo dever dos Estados protegê-las, conservá-las e valorizá-las (artigo 1º), com vistas a transmitir às futuras gerações (artigo 4º) e dar uma função na vida da coletividade (artigo 5º). Não se poderia dar tratamento idêntico a outros bens apreendidos, sequestrados ou arrestados pela Justiça, quando o objeto da persecução penal for uma obra de arte.

Assim, da mesma forma como o magistrado, é nosso entendimento no sentido de que a destinação a ser dada a obras de arte proveito de crime devem ser objeto de destinação específica a museus, onde seja assegurado à sociedade desfrutar de seu acesso.

Em outro caso recente, na Operação Lavajato, foram apreendidas mais de duas centenas de obras de arte de inúmeros artistas, como Di Cavalcanti, Iberê Camargo, Aldemir Martins, Cícero Dias, Orlando Teruz, Claudio Tozzi, Heitor dos Prazeres, Guignard, Romero Britto, Vik Muniz, entre outros, no caso de desvio de recursos da Petrobras, cuja destinação encontra-se atualmente em guarda provisória do Museu Oscar Niemeyer em Curitiba.

No caso, parte das obras sob guarda provisória encontra-se exposta à visitação pública³²⁶, conforme apresentação do próprio museu:

O Museu Oscar Niemeyer (MON) apresenta a mostra “Obras sob guarda do MON” na sala 7, com uma seleção das obras de arte apreendidas pela Polícia Federal na “Operação Lava Jato”.

A mostra apresenta uma seleção de 26 obras, algumas já haviam sido expostas e outras estão sendo exibidas pela primeira vez, como Miró e Dionísio Del Santo.

[...]

O MON foi a instituição escolhida pela Justiça Federal para abrigar as obras apreendidas na Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014. A escolha foi pelo fato de o museu apresentar espaço técnico adequado para preservação e conservação de obras de arte.

De acordo com a diretora-presidente do Museu Oscar Niemeyer, Juliana Vosnika, “o museu cumpre a sua missão no sentido de preservar e abrigar coleções de arte e também de democratizar seu acesso aos visitantes”.

As obras estão passando pelo processo de quarentena, higienização e limpeza no espaço da Reserva Técnica, e estão sob guarda do MON até decisão definitiva da Justiça Federal.

Em ambos os casos, destaca-se a importância em assegurar o acesso aos bens culturais à população. O fundamental aqui é a percepção quanto ao grande

326 Conforme <http://www.museuoscarniemeyer.org.br/exposicoes/exposicoes/obraguardamon>. Acesso em 16 jun. 2016.

valor que podem alcançar tais bens e, portanto, sua possibilidade para ocultar valores.

3. OBRAS DE ARTE E LAVAGEM DE DINHEIRO

O mercado de obras de arte é considerado potencialmente lesivo para a prática de lavagem de dinheiro. Tanto que o tema foi objeto de obra específica do autor Fausto Martin de Sanctis³²⁷ tratando do assunto.

A lei brasileira de combate à lavagem de dinheiro, Lei nº 9.613/98, ao estabelecer o rol de sujeitos obrigados a comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro, em seu artigo 9º, estabelece que sujeitam-se às obrigações da lei “XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, **objetos de arte** e antiguidades.”

A Lei 9.613/98, em seu aspecto regulamentar, instituiu um rol de atividades legalmente obrigadas a informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf - movimentações atípicas por parte de seus clientes, que, em sua versão inicial, previa:

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

[...]

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, **objetos de arte** e antiguidades. (grifo nosso)

A fim de disciplinar a questão, o Coaf editou a Resolução nº 8, de 15 de Setembro de 1999, que “Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de arte e antiguidades” cujo texto traz que:

A Presidente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 9º do Estatuto aprovado pelo Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998, torna público que o Plenário do Conselho, em sessão

327 SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte – uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

realizada em 14 de setembro de 1999, com base no § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, resolveu:

Seção I

Das Disposições Preliminares

Art. 1º Com o objetivo de prevenir e combater os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, conforme estabelecido na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e no Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de arte e antiguidades deverão observar as disposições constantes da presente Resolução.

Parágrafo único. Enquadram-se nas disposições desta Resolução as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem, importem ou exportem, intermediem a compra ou a venda de objetos de arte e antiguidades, em caráter permanente ou eventual, de forma principal ou acessória, cumulativamente ou não.

Seção II

Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Cadastros

Art. 2º As pessoas mencionadas no art. 1º deverão identificar seus clientes e manter cadastro, nos termos desta Resolução.

Art. 3º Do cadastro deverão constar, no mínimo, as seguintes informações dos clientes:

I – se pessoa física:

- a) nome;
- b) endereço completo (logradouro, complemento, bairro, cidade, unidade da federação, CEP), telefone;
- c) número do documento de identificação, nome do órgão expedidor e data de expedição ou dados do passaporte ou carteira civil, se estrangeiro; e
- d) número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;

II – se pessoa jurídica:

- a) denominação ou razão social;
- b) número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ;
- c) endereço completo (logradouro, complemento, bairro, cidade, unidade da federação, CEP), telefone;
- d) atividade principal desenvolvida; e
- e) nome de controladora(s), controlada(s) ou coligada(s).

Seção III

Do Registro das Transações

Art. 4º As pessoas mencionadas no art. 1º deverão manter registro de toda transação que ultrapassar valor equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Art. 5º Do registro deverão constar, no mínimo, as seguintes informações:

I – descrição pormenorizada de cada peça;

II – valor da transação;

III – forma de pagamento (dinheiro, cheque, cartão de crédito, financiamento, etc.); e

IV – data da transação.

Parágrafo único. Deverão igualmente ser registradas as operações que, realizadas por uma mesma pessoa física ou jurídica, conglomerado ou grupo, em um mesmo mês calendário, no mesmo estabelecimento, superem em seu conjunto o limite estabelecido no artigo anterior.

Seção IV

Das Operações Suspeitas

Art. 6º As pessoas mencionadas no art. 1º dispensarão especial atenção às

operações ou propostas que, nos termos do Anexo a esta Resolução, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998, ou com eles relacionarem-se.

Seção V

Das Comunicações ao COAF

Art. 7º As pessoas mencionadas no art. 1º deverão comunicar ao COAF, no prazo de vinte e quatro horas, abstendo-se de dar ciência aos clientes de tal ato, a proposta ou a realização de transações previstas no art. 6º.

Art. 8º As comunicações ao COAF, feitas de boa fé, conforme previsto no § 2º do art. 11 da Lei nº 9.613, de 1998, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

Art. 9º As informações mencionadas no art. 7º poderão ser encaminhadas por meio de processo eletrônico, observadas as disposições constantes da Instrução Normativa COAF nº 1, de 26 de julho de 1999.

Seção VI

Das Disposições Gerais e Finais

Art. 10. Os cadastros e registros previstos nesta Resolução deverão ser conservados pelas pessoas mencionadas no art. 1º durante o período mínimo de cinco anos, a partir da conclusão da transação.

Art. 11. As pessoas mencionadas no art. 1º deverão atender, a qualquer tempo, às requisições de informação formuladas pelo COAF, a respeito de seus clientes e transações.

Art. 12. Às pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º, bem como aos seus administradores, que deixarem de cumprir as obrigações desta Resolução, serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelo COAF, as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, na forma do disposto no Decreto nº 2.799, de 1998, e na Portaria do Ministro de Estado da Fazenda nº 330, de 18 de dezembro de 1998.

Art. 13. Fica a Presidência do Conselho autorizada a baixar instruções complementares a esta Resolução.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos a partir de 18 de outubro de 1999.

Brasília, 15 de setembro de 1999

Adrienne Giannetti Nelson de Senna

Figura ainda como anexo o seguinte rol de operações consideradas suspeitas:

Relação de operações suspeitas

1. Utilização de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em espécie, nas transações objeto desta Resolução.
2. Repetidas operações em valor próximo ao limite estabelecido para registro ou para comunicação ao COAF.
3. Operação em que o proponente não se disponha a cumprir as exigências cadastrais ou tente induzir os responsáveis pelo cadastramento a não manter em arquivo registros que possam reconstituir a operação pactuada.
4. Pessoas sem tradição no mercado movimentando elevadas quantias na compra e venda de bens objeto desta Resolução.

5. Operação em que o proponente não aparente possuir condições financeiras para sua concretização, configurando a possibilidade de se tratar de “testa de ferro” ou “laranja”, como usualmente são conhecidas as pessoas que emprestam seus nomes para operações escusas.
6. Operação em que seja proposto pagamento por meio de transferência de recursos entre contas no exterior.
7. Proposta de superfaturamento ou subfaturamento em transações com os bens objeto desta Resolução.
8. Outras operações que, por suas características, no que se refere a partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar hipótese de crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, ou com eles relacionarem-se.

O assunto voltou à pauta recentemente ainda em razão do Iphan, que instituiu um grupo de trabalho com o objetivo de discutir estratégias para implementar as atribuições quanto à prevenção de lavagem de dinheiro no setor de comércio de obras de arte e antiguidades (Lei nº. 9.613/1998). De acordo com o órgão³²⁸:

O GT é composto por servidores da área de bens móveis e integrados das superintendências de SP, RJ, MG e BA, além da área central do Iphan, e deverá subsidiar o desenvolvimento de atividades e resultados para a incorporação da atribuição junto ao setor – já regulado pelo Instituto mediante a Instrução Normativa nº. 01/2007 e os artigos 26 e 27 do Decreto-Lei nº. 25/1937.

Do resultado da aplicação da Lei nº. 9.613/1998 às atribuições do Iphan junto ao setor do comércio de obras de arte e antiguidades, cabe ao Instituto:

- Fiscalizar o setor do comércio de obras de arte e antiguidades, tal como já o fazia, por efeito da IN nº. 01/2007, acrescido das competências estabelecidas pela Lei nº. 9.613/1998 no que se refere a infrações administrativas cometidas pelas pessoas obrigadas (comerciantes de obras de arte e antiguidades);
- Definir ao setor do comércio de obras de arte e antiguidades os índices de suspeição (sinais de alerta) para que estes se utilizem como critério de comunicação ao COAF, por eles, de operações obrigatórias e suspeitas;
- Promover regulações mediante atos normativos (art. 10, IV; art. 11, § 1º, Lei 9.613);
- Decidir sobre infrações e aplicar penalidades administrativas (art. 12 da Lei 9.613) às pessoas obrigadas (art. 9º.), art.7º do Decreto 2799/90 (Estatuto do COAF);
- Manter o CNART como sistema próprio de cadastro de negociantes de obras de arte e antiguidades;
- Definir a periodicidade e a forma das comunicações de não-ocorrência (Lei 9613).

Como parte da consulta pública, foi elaborada minuta de portaria, visando a normatização na área, ainda sujeita a alterações, onde se destacam:³²⁹:

328 Conforme informação disponível em <http://www.revistamuseu.com.br/site/br/noticias/nacionais/496-07-06-2016-lavagem-de-dinheiro-por-meio-de-obras-de-arte-e-tema-de-reuniao-em-brasilia.html>. Acesso em 13 jun. 2016.

329 Conforme informação disponível em <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/3638/phan-abre-consulta-publica-sobre-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro-por-meio-de-obras-de-arte>. Acesso em 13 jun. 2016.

Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem Antiguidades e/ou Obras de Arte de Qualquer Natureza, na forma da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

A Presidenta do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional/IPHAN, no uso das atribuições que lhe são legalmente conferidas pelo Art. 21, inciso V, do Anexo I do Decreto nº. 6.844, de 7 de maio de 2009, e

Considerando o disposto nos Artigos nº 26 e 27 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937; o disposto nos Artigos 9º., XI, 10º, 11 e 12 da Lei nº. 9.613, de 1998; a Instrução Normativa Iphan nº 1, de 11 de junho de 2007

Resolve:

Seção I Do Alcance

Art. 1º. Com o objetivo de prevenir os crimes de “lavagem” de dinheiro e financiamento do terrorismo, incluindo ocultação de bens, direitos e valores, conforme estabelecido na Lei nº 9.613, de 1998, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem Antiguidades e Obras de Arte de Qualquer Natureza, nacionais ou não, deverão observar as disposições constantes na presente Portaria.

Parágrafo Único. Enquadram-se nas disposições desta Portaria as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de Antiguidades ou Obras de Arte de Qualquer Natureza, de forma direta ou indireta, inclusive mediante recebimento ou cessão em consignação, importação ou exportação, posse em depósito, intermediação de compra ou venda, leilão, feiras ou mercados informais, em caráter permanente ou eventual, de forma principal ou acessória, cumulativamente ou não.

Art. 2º. As pessoas mencionadas no Art. 1º devem se cadastrar e manter suas informações atualizadas no Cadastro Nacional de Negociantes de Obras de Arte e Antiguidades /CNART do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional/IPHAN.

Seção II Dos procedimentos e controles internos

Art. 3º. As pessoas de que trata o Art. 1º devem estabelecer e implementar seus próprios procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, compatíveis com seu volume de operações e, no caso de pessoas jurídicas, com seu porte, os quais devem abranger, no mínimo, procedimentos e controles destinados a:

I – identificar e realizar diligência para qualificação dos clientes e demais envolvidos nas operações que realizarem;

II – obter informações sobre o propósito e a natureza das relações de negócio;

III – identificar o beneficiário final das operações sempre que possível;

IV – identificar as operações ou propostas de operações passíveis de comunicação, nos termos do Art. 11 da lei nº 9.613, de 1998;

V – capacitar e treinar empregados;

VI – verificar periodicamente a eficácia da política adotada; e

VII – implementar Códigos de Conduta.

Parágrafo Único. Em se tratando de pessoas jurídicas que possuam um quadro de funcionários superior a dez (10), a política mencionada no caput deve ser formalizada expressamente com aprovação pelo detentor de autoridade máxima

de gestão, com divulgação do conteúdo ao quadro de pessoal por processos institucionalizados e de caráter contínuo, incluindo treinamento e monitoramento das atividades desenvolvidas pelos empregados.

Seção III Do Cadastro de Clientes

Art. 4º. Nas operações de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), as pessoas de que trata o Art. 1º devem manter em arquivo próprio cadastro de seus clientes e dos demais envolvidos nas negociações que realizarem, inclusive representantes, procuradores, consignantes, donos das obras, intermediários, leiloeiros e beneficiários finais, em relação aos quais deve constar no mínimo:

I – se pessoa física:

- a) nome;
- b) endereço eletrônico e/ou página na internet;
- c) endereço completo (logradouro, complemento, bairro, cidade, unidade da federação, CEP), telefone;
- d) número do documento de identificação, nome do órgão expedidor e data de expedição, se brasileiro; ou dados do passaporte ou carteira civil, se estrangeiro;
- e) número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF; e
- f) enquadramento na condição de pessoa exposta politicamente, nos termos da Resolução nº 16 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF de 28 de março de 2007, se for o caso.

II – se pessoa jurídica:

- a) denominação ou razão social;
- b) endereço eletrônico e/ou página na internet;
- c) número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ;
- d) endereço completo (logradouro, complemento, bairro, cidade, unidade da federação, CEP), telefone;
- e) atividade principal desenvolvida; e
- f) nome de controladora(s), controlada(s) ou coligada(s); se for o caso.

Seção IV Do Registro das Operações

Art. 5º. As pessoas de que trata o Art. 1º devem manter registro de todas as operações que realizarem no valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente em outra moeda, do qual devem constar, no mínimo:

I – nome do cliente e dos demais envolvidos, inclusive beneficiários finais ou terceiros pagantes, nas negociações que realizarem ou intermediarem;

II – descrição pormenorizada dos bens/mercadorias;

III – valor da operação;

IV – data da operação; e

V – forma e meio de pagamento.

Parágrafo Único. Deverão igualmente ser registradas as operações que, realizadas por uma mesma pessoa física ou jurídica, conglomerado ou grupo, em um mesmo mês calendário, no mesmo estabelecimento, superem em seu conjunto o limite estabelecido no caput.

Seção V – Das Comunicações

Art. 6º. As pessoas de que trata o Art. 1º são obrigadas a comunicar ao COAF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, qualquer

operação ou conjunto de operações de um mesmo cliente que envolva o pagamento ou recebimento, em espécie, de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em outra moeda.

Art. 7º. As operações e propostas de operações que se enquadrem nas situações listadas a seguir podem configurar sérios indícios da ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998, ou com eles relacionar-se, devendo ser analisadas com especial atenção pelas pessoas de que trata o Art. 1º e, se consideradas suspeitas, comunicadas ao COAF:

Repetidas operações em valor próximo ao limite mínimo estabelecido para registro, conforme estabelecido pelo caput do Art. 5º.

Operação em que o proponente não se disponha a cumprir as exigências cadastrais ou tente induzir os responsáveis pelo cadastramento a não manter em arquivo registros que possam reconstituir a operação pactuada.

Operações com pessoas sem tradição no mercado movimentando elevadas quantias na compra e venda de bens objeto desta Portaria.

Operação em que o proponente não aparente possuir condições financeiras para sua concretização (“laranja”, “testa de ferro”).

Operação em que seja proposto pagamento por meio de transferência de recursos entre contas no exterior, quer permitindo ou não o rastreamento de dinheiro.

Proposta de superfaturamento ou subfaturamento em transações com os bens objeto desta Portaria.

Operação ou proposta envolvendo pessoa jurídica cujos beneficiários finais, sócios, acionistas, procuradores ou representantes legais mantenham domicílio em jurisdições consideradas pelo Grupo de Ação contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo - GAFI de alto risco ou com deficiências estratégicas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, bem como países ou dependências consideradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB de tributação favorecida e/ou regime fiscal privilegiado.

Operação de compra ou venda cujo vendedor ou comprador tenha sido anteriormente dono do mesmo bem

Operação cujo pagamento ou recebimento se dê em nome de terceiros, pessoa física ou jurídica estrangeira em “paraísos fiscais”, caso isso esteja sendo usado para mascarar a verdadeira identidade do comprador, vendedor ou proprietário dos bens objeto desta Portaria.

Quaisquer operações que, considerando as partes e demais envolvidos, os valores, os modos de realização, o meio e a forma de pagamento, ou a falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar sérios indícios da ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998, ou com eles relacionar-se.

Todas as operações, propostas ou realizadas, envolvendo as situações descritas na Lei nº 13.260, de 2016 (Lei Antiterrorismo).

Art. 8º. As comunicações de que tratam os Arts. 6º e 7º devem ser efetuadas em meio eletrônico no sítio do COAF (www.coaf.fazenda.gov.br) no prazo de vinte e quatro (24) horas a contar da verificação da ocorrência, de acordo com as instruções ali definidas, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação.

§ 1º. As informações fornecidas ao COAF serão protegidas por sigilo.

§ 2º. As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista na Lei nº 9.613, de 1998, e da presente Portaria não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

Art. 9º. Caso não sejam identificadas, durante o ano civil, operações ou propostas a que se referem os Artigos 6º e 7º, as pessoas de que trata o Art. 1º devem declarar tal fato apresentando comunicação de não-ocorrência ao Iphan.

Parágrafo único. A comunicação de não-ocorrência deve ser conforme orientações constantes no Cadastro Nacional de Negociantes de Obras de Arte e Antiguidades – CNART do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional – IPHAN no sítio do IPHAN, no endereço www.iphan.gov.br, para fins do disposto na Lei nº 9.613, de 1998.

Seção VI – Da Guarda e Conservação de Registros e Documentos

Art. 10. As pessoas de que trata o Art. 1º devem conservar o cadastro dos clientes e de todos os envolvidos na negociação, o registro das operações e o histórico das comunicações feitas ao Coaf ou ao Iphan, conforme o caso, por no mínimo 5 (cinco) anos contados da conclusão da operação.

Seção VII – Das Disposições Finais

Art. 11. As pessoas de que trata o Art. 1º deverão atender, a qualquer tempo, a requisições de informação formuladas pelo IPHAN ou pelo Coaf, a respeito de seus clientes e transações.

Art. 12. Às pessoas de que trata o Art. 1º, bem como aos seus administradores, que deixarem de cumprir as obrigações desta Portaria, serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelo IPHAN, as sanções previstas no Art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998; e na Lei nº 9784 de 29 de janeiro 1999.

Art. 13. Cabe às pessoas mencionadas no Art. 1º acompanhar, no sítio do Iphan, na “internet”, a divulgação de informações adicionais, bem como as relativas às regras do CNART, visando ao estabelecimento e aprimoramento de procedimentos de controles e, em especial, o estabelecimento da política para a prevenção de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor em xx.xx.2016.

Há diversas tipologias de lavagem de dinheiro com obras de arte. Em razão do alto valor que podem alcançar e na dificuldade de sua aferição técnica, é instrumento de interesse de lavadores e criminosos em geral, tendo em vista a facilidade em ocultar valores bastante altos.

Como exemplo clássico, cita-se a aquisição por valor inferior e o pagamento de maneira dissimulada, com posterior revenda pelo valor real, permitindo-se assim o “lucro” na venda e a consequente “lavagem” da diferença.

Ademais, pela inexistência de cadeia de proprietários, facilita-se também a aquisição por terceiros e o respectivo pagamento como um valor decorrente de atos de corrupção, onde um empresário pode adquirir determinada obra de arte e “presentear” um agente público. Trata-se de caso de difícil rastreamento, uma vez que, de modo diverso de um carro de luxo, ou mesmo de um bem imóvel, não há registro da cadeia dominial do bem, em que pese o alto valor que pode alcançar.

Um ponto relevante nessa estrutura é a figura das galerias de arte e dos comerciantes, que, muitas vezes executam a intermediação da compra e venda dessas obras, concorrendo diretamente para a prática criminosa que, para além de se omitirem no registro dos clientes (compradores e vendedores), muitas vezes atuam mediante a operacionalização de pagamentos no exterior, às margens do sistema financeiro, visando a ocultação dos valores às autoridades nacionais.

Essa ausência de registros, frise-se, é um passaporte para a prática da lavagem de dinheiro, além de outros crimes conexos. Fausto de Sanctis³³⁰ destaca a confidencialidade das negociações, onde

Os adquirentes ou vendedores não desejam ser expostos. Os últimos ficam extremamente envergonhados quando vendem suas preciosidades e os compradores, sabedores disso, não desejarão desagradá-los. Por sua vez, os *dealers* receiam a perda de seus lucros, razão pela qual preferem não revelá-los.

Nesse sentido, o Grupo de Ação Financeira Internacional - (Gafi) tem reforçado a necessidade de controle do comércio de obras de arte enquanto campo fértil para prática da lavagem de dinheiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar o instituto da busca, previsto nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal, voltado à questão das obras de arte. A apreensão desses bens tem gerado muita repercussão nos últimos anos, sobretudo pelo alto valor que podem atingir e pela facilidade na sua ocultação, o que os torna um ativo bastante procurado para a lavagem de dinheiro.

A dificuldade na mensuração do seu valor permite inúmeras opções de tipologias para prática de lavagem de dinheiro, que, aliadas à facilidade no transporte e ocultação, tem se tornado objeto de interesse por criminosos e lavadores de dinheiro em todo o mundo.

Nesse cenário, o Gafi, enquanto organismo internacional responsável pelas políticas internacionais de combate à lavagem de dinheiro, e o Coaf, enquanto unidade de inteligência nacional, têm se preocupado no sentido de disciplinar a regulamentação do setor de comercialização desses bens. Fruto dessa preocupação, o Iphan, recentemente tem discutido também a regulação na área.

Ademais, não se deve descuidar da questão técnica que abrange a busca e apreensão de obras de arte, sobretudo medidas acessórias que devem ser adotadas em razão das condições específicas de transporte e armazenamento das mesmas.

330 SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte – uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 66.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COSTA, Tailson Pires da. ROCHA, Joceli Scremin da. A indicência da Receptação e do Tráfico Ilícito de Obras de Arte no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo*, v. 4, n. 4, 2007, p. 263-282.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance. ALMEIDA, Jose Raul Gavião de. MORAES, Mauricio Zanoide de. *Provas no Processo Penal – Estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13-45.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318;
- LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte – uma perspectiva judicial criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

Capítulo XI

BUSCA E APREENSÃO EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

*Márcio Alberto Gomes Silva*³³¹

1. INTROITO

A investigação de crimes contra o patrimônio é muito peculiar. Desde o registro da ocorrência, o aparelho policial precisa cuidar para que elementos que serão muito importantes para elucidação do crime não se percam. Falando no registro, é importante fazer constar, já na oitiva inicial da vítima: o local exato da abordagem, quantos eram os criminosos, se usavam armas (detalhar o máximo possível quantas e quais), as roupas dos suspeitos, os sinais característicos (tatuagens, cicatrizes, cor, olhos, cabelo, altura aproximada, tipo físico, etc), os veículos utilizados (caso seja hipótese de extorsão qualificada, conhecida como “sequestro relâmpago”, em que os bandidos tenham adentrado no carro da vítima, é preciso isolar o veículo, para realização de perícia papiloscópica, com o objetivo de revelar impressões digitais dos larápios para ulterior confronto), qual a marca, modelo e número de série (IMEI) de celulares subtraídos (a fim de oportunizar futura interceptação de sinais), dentre outros detalhes. A vítima deve, ainda, ter acesso a fotos de indivíduos que tenham histórico de envolvimento com crimes contra o patrimônio (com eventual confecção de reconhecimento fotográfico, se for o caso).

331 Delegado de Polícia Federal, Professor da Faculdade Pio X, Professor da CICLO/CERS Aracaju e Palestrante. É Mestrando em Direito Público na UFS. É Especialista em Ciências Criminais pela UNAMA/UVB e em Inteligência Policial pela Escola Superior de Polícia da ANP/DPF. É autor dos livros *Inquérito Policial – Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*, publicado pela editora Millennium, em 2012 (segunda edição em 2014 e terceira edição em 2016) e *Organizações Criminosas - Uma Análise Jurídica e Pragmática da Lei 12.850/13*, publicado pela editora Lumen Juris, em 2014. É autor de artigos jurídicos. Foi Defensor Público do Estado de Alagoas, Delegado da Polícia Civil de Sergipe, Escrivão de Polícia Civil de Sergipe, Professor da Universidade Federal de Sergipe – UFS, Professor da Faculdade de Aracaju – FACAR e Professor da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE.

É preciso deslocar imediatamente equipe policial ao local do crime, com o fito de verificar a existência de câmeras de segurança na região e de suspeitos parecidos com os descritos pela vítima (que devem ser abordados e revistados para busca pessoal de objetos surrupiados e armas).

É muito comum, em casos de extorsão qualificada (sequestro relâmpago), que os criminosos tenham efetuado compras com os cartões da vítima. O deslocamento imediato às lojas onde as compras foram feitas (ou aos bancos e caixas 24 horas onde foram feitos saques) é de suma importância para coligir imagens dos suspeitos e para conseguir cópias das notas fiscais dos produtos adquiridos (a apreensão de tais produtos no curso de busca será prova importante do envolvimento do investigado com a prática delitiva apurada). Em alguns estabelecimentos é exigida cópia de documento de identidade do comprador (a busca de tal dado pode acelerar a identificação do autor do fato). Em caso de compra de aparelho celular, é preciso identificar o modelo e o IMEI do aparelho (por meio da análise da nota fiscal do terminal comprado pelo criminoso).

Identificados os suspeitos, é preciso levantar seus possíveis endereços (e os de seus parentes e cônjuges/companheiras). Faz-se premente materializar diligências veladas com o fito de confirmar ditos endereços, a fim de que as informações, fruto destes levantamentos, fundamentem representação pela expedição de mandados de busca e apreensão (que servirão para capturar o investigado, caso tenha sido representada e decretada sua prisão cautelar, e/ou apreender armas e os objetos subtraídos ou comprados com o produto do crime).

Feito esse breve introito, serão abordados a seguir a busca pessoal, veicular e domiciliar, materializadas na investigação de crimes contra o patrimônio.

2. BUSCA PESSOAL

A busca pessoal é levada a efeito quando houver fundada suspeita de que o indivíduo porte arma, munições ou drogas, para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato ou colher qualquer elemento de convicção.

Essa modalidade de busca prescinde de mandado de busca expedido por autoridade judiciária, sendo necessária apenas a já afirmada fundada suspeita de que o sujeito porte qualquer dos objetos acima apontados (nos exatos termos do artigo 244 do CPP). É de anotar que a busca pessoal feita em mulher deve

ser feita, preferencialmente, por outra mulher (artigo 249 do CPP). O Código de Processo Penal ressalva que a busca em mulher pode ser feita por homem caso a espera por uma policial feminina importe em retardamento ou prejuízo da diligência. Nessa situação (busca pessoal em mulher feita por homem, é interessante que a revista seja acompanhada por testemunhas e/ou filmada, com o fito de demonstrar futuramente que não houve constrangimento/abuso).

Tratando especificamente da busca pessoal voltada à repressão dos crimes patrimoniais, é necessário ter em mente que o que se procura, em regra, são armas (próprias ou impróprias) e bens móveis produtos do crime (é muito importante, como dito supra, que o registro da ocorrência do crime patrimonial seja o mais detalhado possível, para que o aparelho policial saiba exatamente o que foi surrupiado, com o fito de que a busca seja guiada a tentar achar tais objetos na posse do suspeito).

A revista deve ser minuciosa e, para tanto, ela precisa ser realizada de maneira segura. Os policiais envolvidos devem se certificar de que a abordagem não deixará margem a reação e/ou fuga (para isso é preciso atentar quanto ao número de pessoas a serem revistas, o local da abordagem, sopesar se haverá aglomeração de curiosos, hostilidade de vizinhos e transeuntes contra o aparelho policial, dentre outros aspectos). É preciso levar em conta, ainda, a grande probabilidade do suspeito estar armado (já que estamos tratando de autores de crimes contra o patrimônio, muitas vezes cometidos com violência ou grave ameaça).

Entrevistar o suspeito é muito importante. Eventuais contradições quanto aos motivos para estar naquele local, acerca de como foi adquirido eventual bem móvel que esteja em sua posse, dentre outros aspectos, pode auxiliar na identificação de eventual autor de crime contra o patrimônio. Como o objetivo da obra é a atuação da Polícia Judiciária, parte-se da premissa de que o crime já ocorreu e que a abordagem foi ulterior à rapina. É sempre importante que a equipe de policiais destacada para apurar o fato tenha à mão o telefone de contato da vítima (caso o telefone tenha sido surrupiado, é importante fazer constar no registro da ocorrência outro número para contato rápido). O envio da fotografia do suspeito (tirada de forma velada, antes da abordagem) por meio de aplicativo de mensagens instantânea e a confirmação de que se trata do roubador pode emprestar maior precisão à ação policial.

Caso a polícia logre êxito em prender em flagrante delito o autor do fato no curso das diligências iniciais ulteriores à comunicação da ocorrência, é preciso atentar para materialização de auto de reconhecimento de pessoa, de reconhecimento de objetos (dos produtos do crime achados com o suspeito) e da já mencionada verificação de câmeras de segurança no local ou nas proximidades do local do crime, tudo com o fito de robustecer o auto de prisão em flagrante delito.

3. BUSCA VEICULAR

A busca em veículo deve ter a mesma dinâmica da busca pessoal, bastando mera suspeita de que no interior do carro se transporte objeto ilícito. Deve-se ter atenção ainda maior nessa diligência, posto que há inúmeros compartimentos aptos a esconder armas e produtos de crime dentro de veículos. É interessante que os policiais responsáveis pela busca estejam sempre munidos de lanternas. A entrevista preliminar do suspeito também é muito importante (inclusive porque o veículo usado pelos autores do crime pode ser produto de rapina anterior, daí a importância de se perguntar acerca do próprio automotor).

Caso o aparelho policial tenha em mãos dados acerca do veículo usado pelos criminosos (ou subtraído por eles), a materialização da abordagem deve ser ainda mais cuidadosa (posto que é provável que o(s) autor(es) do fato esteja(m) armado(s)). Nesse tipo de busca (a materializada logo após/depois da prática do crime) é preciso estar atento para que os criminosos não descartem armas ou o produto do crime pelas janelas do carro antes da materialização da abordagem (em eventual barreira montada para este fim). A Polícia Judiciária precisa cuidar de acionar e repassar os dados da rapina à Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal, para que a polícia preventiva fique alerta à passagem de veículo com características semelhantes ao usado/subtraído pelos criminosos em barreiras físicas e móveis do aparelho policial ostensivo.

A melhor forma de materializar busca minuciosa em automotor é retirando os seus passageiros do veículo e processando a busca em local seguro, no acostamento, área de escape da via ou em um posto policial (caso a suspeita do envolvimento dos mesmos na prática de crime seja forte, eles também devem ser revistados).

Por fim, cumpre destacar que caso o veículo se destine à morada, deve ele ser equiparado a domicílio (reclamando expedição de mandado judicial para busca em seu interior). Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci³³².

4. BUSCA DOMICILIAR

Na busca domiciliar, há que ser observado o inciso XI, do artigo 5º, da Lei Maior:

Art. 5º. (...)

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

332 NUCCI, Guilherme de Souza. **Obra acima citada**, página 211.

O inciso transcrito consagra o direito à inviolabilidade de domicílio, que só pode ceder diante de: a) consentimento do morador; b) flagrante delito; c) desastre; d) para prestar socorro; e) durante o dia por determinação judicial. Interessa-nos as hipóteses tratadas nos itens ‘a’, ‘b’ e ‘e’.

A autorização de um dos moradores serve ao ingresso do aparelho policial na residência. É de bom tom que tal autorização seja documentada (é aconselhável que a equipe policial tenha sempre em mãos formulário em branco de autorização para entrada em domicílio, a ser preenchido com os dados do morador que permitiu a entrada e a ser por este assinado). Franqueada a entrada, a polícia está devidamente autorizada a adentrar na casa. Em sentido contrário (e a meu ver de forma equivocada), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo pela impossibilidade de busca domiciliar amparada em autorização fornecida pelo investigado:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ILICITUDE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. Nos termos do disposto no artigo 5º, XI, da CF, o ingresso dos policiais no âmbito domiciliar, quando nos casos de flagrante delito, exige certeza anterior quanto à situação de flagrante. A mera suspeita da prática delitiva autoriza exclusivamente a realização de diligências e a representação por mandado judicial de busca. Precedentes da Câmara. No caso, os policiais militares, ao que tudo indica sabedores da existência da arma de fogo, abordaram o acusado quando este retornava para casa, instando-o sobre suspeitas de envolvimento com delitos patrimoniais e sobre eventual posse de arma, o que foi negado. Então, ingressaram no domicílio para realização de busca domiciliar, sem mandado judicial. Eventual autorização assinada pelo réu – o que por este é negada em juízo – não torna lícita a busca realizada fora das hipóteses autorizadas na própria Constituição Federal. Irrenunciabilidade, como regra, dos direitos fundamentais. Restrições que devem observar o determinado em lei. Ilicitude material da apreensão da droga e da arma de fogo que contamina o restante do produzido na persecução penal. Apelo provido³³³.

Sendo a situação flagrantial (vítima de extorsão qualificada mantida em cativeiro enquanto criminosos efetuam saques com seus cartões, por exemplo), a entrada do aparelho policial na residência é franqueada pelo permissivo constitucional acima descrito (inteligência do artigo 303 do CPP). Por óbvio, é preciso extrema cautela na checagem da verossimilhança da notícia de crime, com o fito de evitar prática de abusos (ingresso em casa errada, por exemplo) e com o fito de garantir a integridade física/vida da vítima (que pode estar sendo mantida em cativeiro sob a mira de uma arma, por exemplo). É preciso ter em mente que a descoberta do cativeiro onde a vítima é mantida aprisionada pode gerar uma crise com refém (o que demandará isolamento da área, acionamento de

333 TJ/RS, Apelação Crime Nº 70067115550, Terceira Câmara Criminal, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, julgado em 10/12/2015.

negociador, de grupo tático especializado, dentre outras providências reclamadas no curso do gerenciamento de uma crise). Nessa esteira (análise de ingresso do aparelho policial em casa em situação flagrancial), importante transcrever decisão do Pretório Excelso em Recurso Extraordinário³³⁴ com repercussão geral:

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

Passemos à análise do cumprimento de ordem judicial de busca domiciliar. Não há dúvida de que a medida cautelar de busca e apreensão é grande arma posta ao alcance da polícia judiciária para coleta de provas do cometimento de crimes. Ela pode ser representada pelo delegado de polícia, requerida pelo Ministério Público ou decretada de ofício pelo juízo competente (nas duas primeiras situações o juiz decidirá acerca do deferimento do pleito materializado pelo aparelho policial ou pelo *Parquet*). Trataremos especificamente da representação elaborada pela autoridade policial, em face do foco do presente trabalho.

O delegado deve expedir ofício (ou confeccionar petição) ao juízo, representando pela decretação da medida, encaminhando em anexo o cabedal probante que indica que na residência alvo da diligência poderá ser arrecadado o material descrito no artigo 240, § 1º, do CPP.

Ao representar, sempre que possível, o delegado deverá limitar o que tenciona buscar no local (daí a importância de conhecer exatamente o que foi subtraído da vítima, nos crimes patrimoniais), cuidando de solicitar ainda que o juízo autorize, de logo, realização de perícia nos itens apreendidos (especialmente nos celulares dos autores do fato, de forma a demonstrar, por exemplo, eventual troca de mensagens ou ligações feitas pelos mesmos antes, no curso do crime ou depois da rapina).

É importantíssimo que o delegado determine levantamento pormenorizado na residência objeto da diligência (com fotografias e georeferenciamento, inclusive), de forma a individualizá-la da forma mais clara possível. A um só tempo a diligência servirá para melhor planejar a ação (saber quantas entradas e saídas a casa possui, se há vizinhos, altura do muro, se há câmeras de segurança ou cachorros, dentre outros fatos importantes quando do cumprimento da ordem pleiteada) e, ainda, para que se limite a medida (que é mitigadora de direito fundamental) apenas ao imóvel descrito de forma exaustiva na representação. É preciso ter em mente que eventual incursão equivocada poderá prejudicar todo

334 STF, RE 603616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015.

trabalho investigativo (isso sem falar nos riscos à vida da vítima, caso ela esteja sendo mantida em cativeiro).

Nesta toada, a meu ver, não há como representar por expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar genérico. Não se pode olvidar da possibilidade de que exista objeto proibido (produto de roubo/furto, por exemplo) ou que se traduza em prova de crime em mais de uma residência (na casa do investigado, de sua mãe e de seu irmão, por exemplo). Nada impede que o delegado represente de forma fundamentada a busca em todos os endereços, demonstrando as razões fáticas que indicam a necessidade da medida restritiva em todos os locais (situação muito comum em operações policiais destinadas a reprimir práticas delitivas materializadas por agremiações criminosas). Isso não autoriza, entretanto, que se defira, por exemplo, mandado de busca e apreensão em face de todas as casas da rua tal. Ou nas residências da favela tal. A mim me parece que essa medida atenta contra o direito individual à inviolabilidade de domicílio, grafado na *Lex Mater*.

Sintetizando os parágrafos supra, é cuidar de seguir os exatos termos delineados pelo artigo 243, incisos I e II, do CPP:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

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

Expedido o mandado de busca e apreensão pela autoridade judiciária, deve o delegado de polícia cuidar de cumprir a ordem. Detalhes que devem ser observados para o cumprimento de toda e qualquer busca: a) anúncio de que se trata de cumprimento de busca, com leitura do mandado para o responsável pelo local objeto da medida (caso este recalcitre, o aparelho policial está autorizado a forçar a entrada, cuidando para que a medida seja efetivamente cumprida); b) depois de atestada a segurança do local, devem ser arregimentadas duas testemunhas que acompanharão o cumprimento da medida; c) cumprimento da busca, com confecção de auto circunstanciado de arrecadação (no qual deve constar a identificação dos executores da medida, nome e qualificação das duas testemunhas que a tenham acompanhado, listagem dos objetos arrecadados e final assinatura de todos – autoridade, agentes, escrivão, testemunhas e responsável pela residência); d) finda a diligência, deve o auto de arrecadação ser assinado por todos, sendo uma via passada ao responsável pela residência. Anote-se que mesmo em caso de nada ter sido arrecadado ou caso se perceba, por exemplo, que o investigado se mudou, deve o auto circunstanciando ser confeccionado, deixando claro todos esses detalhes. Este é o resumo prático das determinações contidas no artigo 245, do CPP:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

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

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

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

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

Já na delegacia, deve a autoridade policial fazer triagem no sentido de identificar quais dos objetos arrecadados devem ser efetivamente apreendidos em auto próprio (há diferença ontológica entre arrecadar e apreender – apenas o que efetivamente importar como prova para a investigação deve ser apreendido formalmente, sendo o resto devolvido mediante termo de entrega ao dono/responsável), cuidando para a rápida destinação dos mesmos: devolução à vítima, armazenamento provisório no depósito da delegacia ou encaminhamento à perícia, se for o caso.

O cumprimento de busca em local sensível (como nas investigações tratadas neste tópico, que envolvem crimes patrimoniais) deve ser executado, sempre que possível, por grupamento especializado e as providências de efetivamente buscar meios de prova e convocar testemunhas para acompanhar a diligência só devem ser feitas quando se constatar que o local está efetivamente seguro. Muitas das vezes, na prática, deverá ser materializada a entrada na casa independentemente de anúncio prévio (de forma a surpreender os larápios, para que eles não tenham tempo de se armar, por exemplo). Esse tipo de entrada demanda utilização de ferramentas especiais, como aríetes, alicates que cortem cadeados, etc. (por isso a importância de planejar bem a ação, que não deve ser executada de afogadilho). É importante que a equipe documente eventuais danos necessários ao cumprimento

da medida judicial com a segurança desejada (corte de cerca elétrica, sacrifício de animal bravio, cadeados cortados, etc.). O delegado deverá comunicar ao juízo tais intercorrências (e a existência de informação policial acerca do ocorrido facilitar tal comunicação). No caso de morte em face de oposição à ação policial, é importante seguir o quanto determinado na Resolução Conjunta nº 2, do Conselho Superior da Polícia Federal e do Conselho Nacional de Chefes de Polícia Civil, datada de 13 de outubro de 2015:

- Art. 1º Ficam definidos os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que haja resultado lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial.
- Art. 2º Os dirigentes dos órgãos de polícia judiciária providenciarão para que as ocorrências de que trata o art. 1º sejam registradas com a classificação “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”, conforme o caso.
- Art. 3º Havendo resistência à legítima ação policial de natureza preventiva ou repressiva, ainda que por terceiros, o delegado de polícia verificará se o executor e as pessoas que o auxiliaram se valeram, moderadamente, dos meios necessários e disponíveis para defender-se ou para vencer a resistência.
- § 1º Se do emprego da força resultar ofensa à integridade corporal ou à vida do resistente, deverá ser imediatamente instaurado inquérito policial para apuração dos fatos, com tramitação prioritária.
- § 2º A instauração do inquérito policial será comunicada ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sem prejuízo do posterior envio de cópia do feito ao órgão correccional correspondente.
- § 3º Os objetos relacionados a evento danoso decorrente de resistência à intervenção policial, como armas, material balístico e veículos, deverão ser apreendidos pelo delegado de polícia.
- § 4º O delegado de polícia responsável pela investigação do evento danoso com resultado morte deverá requisitar o exame pericial do local, independentemente da remoção de pessoas e coisas.
- § 5º O delegado de polícia poderá requisitar registros de comunicação e de movimentação das viaturas envolvidas na ocorrência, dentre outras providências.
- § 6º O delegado responsável pela investigação representará pelas medidas cautelares necessárias à identificação de todos os policiais envolvidos na ação, ainda que não figurem entre aqueles qualificados na comunicação do fato.
- § 7º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o delegado poderá requisitar a apresentação dos policiais envolvidos na ocorrência, bem como de todos os objetos que possam interessar à investigação, sob pena de responsabilidade administrativa e criminal em caso de descumprimento da requisição.
- § 8º No caso de morte do resistente, é obrigatória a juntada do respectivo laudo necroscópico ou cadavérico aos autos do inquérito policial.
- Art. 4º Nas hipóteses do art. 3º, os fatos serão noticiados preferencialmente ao delegado da Delegacia de Crimes contra a Pessoa ou da repartição de polícia judiciária, federal ou civil, com atribuição assemelhada.
- Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, seguindo assinada

pelos membros do Conselho Superior de Polícia, Superintendentes Regionais da Polícia Federal e membros do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil.

Continuemos. No cumprimento de busca relacionado à prática de crimes patrimoniais (que normalmente envolvem criminosos armados e perigosos), é de fundamental importância que todas as pessoas que estejam na casa sejam abordadas, revistadas, identificadas e alocadas em um único ambiente (normalmente a sala) e que as comunicações sejam controladas (para que não se dê a oportunidade de que outros membros do grupo criminoso sejam alertados da ação policial).

É preciso que se diga que a criminalidade violenta organizada utiliza de diversos expedientes para esconder o armamento por ela utilizado. Normalmente associações criminosas voltadas a roubos a banco enterram suas armas em propriedades rurais (o que exigirá do aparelho policial grande atenção no curso da investigação, com o fito de tentar identificar o esconderijo do armamento). A entrevista individualizada dos ocupantes da casa no momento da busca pode ser importante artifício na descoberta do material ilícito. É necessário ter atenção redobrada para identificar terra remexida na propriedade (que pode indicar o local onde estão enterradas as armas).

Ainda no que toca a assaltantes de bancos, é preciso atentar para arrecadação de roupas camufladas, máscaras, coletes balísticos, camisas com logotipos de forças policiais, “miguelitos” (são ofendículos - em geral pequenas lanças que usualmente são instaladas no alto dos muros para proteção da propriedade contra a entradas não autorizadas, que são dobradas pelos larápios e espalhados nas ruas próximas ao banco para estourar os pneus das viaturas policiais), explosivos, cédulas com manchas de tinta (que podem indicar que as mesmas foram subtraídas em explosão de caixa eletrônico), placas de veículos (normalmente criminosos usam placas clonadas em carros roubados especialmente para ação delituosa), dentre outros objetos.

Caso a busca seja materializada em local usado como cativeiro (crimes de extorsão qualificada e extorsão mediante sequestro), caso a vítima ainda esteja em poder dos bandidos, é importante um cuidadoso planejamento, que envolve o isolamento da área, o acionamento prévio de aparato especial (negociador, grupo tático, ambulância, etc). Como dito supra, não se pode perder de vista que o cumprimento de mandado de busca em investigações dessa natureza pode gerar uma crise com refém.

Se a busca for materializada no bojo de investigação que apura roubo de cargas, é importante que o aparelho policial já possua as notas fiscais dos produtos surrupiados e atente para descoberta de aparelhos conhecidos como jammer (aparelho eletrônico que inibe o funcionamento de rastreadores veiculares).

Por fim, cumpre deixar claro que findo todo o procedimento acima descrito, deve o juízo que determinou a busca ser comunicado do cumprimento da medida (via ofício), devendo-lhe ser enviada cópia do auto circunstanciado de busca e do auto de apreensão.

Capítulo XII

A BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES CONTRA A VIDA

*Rubens de Lyra Pereira*³³⁵

1 – INTRODUÇÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE A BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão têm a natureza jurídica de meio de prova. Em outras palavras, constituem meio cancelado pela norma processual penal para a obtenção de provas que constituam a materialidade dos delitos ou que venham a ser úteis ao esclarecimento do crime investigado.

Primeiramente, faz-se necessária a distinção entre a busca e a apreensão, a despeito de sua íntima correlação. Vale frisar que poderá ocorrer busca sem apreensão (quando nenhum objeto relevante é encontrado) e apreensão sem busca (quando o objeto é espontaneamente apresentado ao Delegado de Polícia ou ao Juiz). A apreensão é realizada por meio de procedimento duplice: a arrecadação realizada no local da diligência e a apreensão definitiva determinada em sede policial pelo Delegado de Polícia.

O atual Código de Processo Penal especifica os procedimentos de busca e apreensão no capítulo XI do título VII (provas), entre os artigos 240 a 250. De forma didática, o artigo 240 explicita que a busca será pessoal ou domiciliar³³⁶.

335 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Filosofia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Segurança Pública, Cultura, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista pelo Programa de Estudos de Graduação da Organização das Nações Unidas (ONU - Genebra). Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Delegado de Polícia Federal - Departamento de Polícia Federal e tutor EAD da Academia Nacional de Polícia - ANP. Graduando em História na Universidade Federal Fluminense (UFF), Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutorando em Filosofia na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Substituto de Economia Política e Direito da Universidade Federal Fluminense. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da Sociedade Internacional de Criminologia (ISC-SIC).

336 O projeto de lei do senado n.º 156/2009, que trata sobre o Novo Código de Processo Penal,

1.1 – A busca pessoal

A busca pessoal é aquela que se realiza diretamente no corpo de uma pessoa natural ou nos objetos que ela traga consigo (bolsas, mochilas, veículos, etc). Será, portanto, realizada nas seguintes hipóteses:

- a) Prisão da própria pessoa sujeita à busca;
- b) Fundada suspeita de que a pessoa sujeita à revista traga consigo objetos cuja posse, por si só, constitua crime (exemplos: armas ou entorpecentes);
- c) Fundada suspeita de que o revistado tenha a posse de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito do crime ou sejam úteis ao seu esclarecimento;
- d) Determinação da busca pessoal na constância da busca domiciliar.

A primeira hipótese aventada é decorrência lógica da própria prisão. Aquele que é preso, independentemente da natureza da prisão, deve ser submetido à busca antes do seu encarceramento. Desse modo, garante-se que o preso não guarda consigo objeto que venha a por em risco a sua própria incolumidade física no cárcere ou que possa ser utilizado para atentar contra a vida dos responsáveis pela sua prisão e encarceramento.

As duas hipóteses seguintes se fundam na suspeita de que o revistado traz consigo objetos ilícitos ou úteis à investigação criminal.

A temática da fundada suspeita sempre foi objeto de análise por parte da doutrina processual penal, mormente ante à necessidade de ser respeitada a integridade física e moral da pessoa humana. Tendo em mente a proteção decorrente do mandamento nuclear constitucional da dignidade da pessoa humana, exige-se justificativa para a busca pessoal realizada em determinada pessoa.

Na prática, as mais populosas cidades do país vivenciam, há décadas, tormentoso combate à violência urbana; decorrência direta da ausência de políticas sociais adequadas. Neste cenário, as forças policiais se veem obrigadas a intensificar o policiamento ostensivo, inclusive valendo-se de um elevado número de buscas pessoais nas vias públicas. Estas se dão no intuito de impedir a futura prática de atividades criminosas, principalmente através da prévia apreensão de instrumentos que seriam utilizados para o crime, como é o exemplo das armas de fogo.

A última hipótese por nós aventada é a da busca pessoal que se realiza no curso da busca domiciliar. A nosso ver, também este caso deverá guardar relação com a fundada suspeita. Assim sendo, a depender do delito que se investigue e de quem seja o suspeito pela prática do crime, desnecessária se mostrará a busca pessoal realizada em um outro morador da residência. Em muitas hipóteses,

mantém a busca e a apreensão, divididas em pessoal e domiciliar e as especifica a partir do artigo 228.

a residência é objeto de busca em razão das suspeitas direcionadas a um de seus moradores, inexistindo proveito para a investigação decorrente de buscas realizadas nos demais habitantes do local.

Ainda sobre a busca pessoal, um tema que traz implicações práticas para a trabalho diário dos órgãos policiais é a possibilidade da busca ser realizada por homem no corpo de uma mulher. Dispõe o artigo 249³³⁷ do Código de Processo Penal que “a busca será realizada por mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência”³³⁸.

Como visto, o dispositivo legal traz explícita recomendação para a realização da diligência por outra mulher. Quanto ao retardamento da diligência, entendemos que, sob o prisma das garantias constitucionais atuais, ele não é suficiente para a justificação do descumprimento do mandamento legal.

Diversas dos casos de mero retardamento da diligência, são as hipóteses em que a busca possa ser irreversivelmente frustrada ou as situações que impliquem grave risco à segurança da equipe policial. Assim sendo, se a realização da busca for emergencial e não houver possibilidade de se providenciar a presença de uma mulher para que o faça, será permitido ao agente policial do sexo masculino que a realize, respeitando os limites atinentes à dignidade feminina.

Outra hipótese seria a das buscas realizadas em áreas de risco, em que a espera pela presença de outra mulher poderá custar a vida de agentes policiais e civis. Também neste caso estará legitimada a atuação direta de homem na busca pessoal a ser realizada em mulher. É lamentável, mas, em muitas dinâmicas delituosas, as organizações criminosas se utilizam de mulheres, idosos e crianças para ocultar instrumentos ligados aos delitos, justificando uma atuação policial sobre pessoas que não despertariam grandes suspeitas.

Pelo exposto, temos que o fator a ser levado em conta para exceptuar a regra legal do artigo 249 deva ser a urgência e a irreversibilidade, o *periculum in mora*, de se aguardar a chegada de uma mulher. Caso isso não se configure, deverá a busca em mulher ser realizada por pessoa do sexo feminino.

1.2 – A BUSCA DOMICILIAR

A possibilidade de busca domiciliar prevista no Código de Processo Penal constitui a regulamentação à exceção de uma regra geral constitucional, a da inviolabilidade de domicílio³³⁹. Sabemos que as garantias constitucionais

337 Decreto-Lei n.º 3689 de 3 de outubro de 1941.

338 Praticamente a mesma redação é a utilizada no projeto de lei do senado n.º 156/2009, que trata sobre o Novo Código de Processo Penal: Artigo 231. A busca pessoal será realizada com respeito à dignidade da pessoa revistada e, quando em mulher, será feita por outra, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

339 Artigo 5º, XI – “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar

previstas no artigo 5º não são absolutas e devem ser sempre lidas em ponderação com a necessidade de proteção de outros valores igualmente tutelados pela norma maior.

No caso da inviolabilidade de domicílio, o próprio dispositivo constitucional reconhece que, embora sendo a casa, em regra, inviolável, poderá haver legítima violação nas hipóteses de flagrante delito, desastre, necessidade de prestar socorro, além dos casos de determinação judicial.

Antes de detalharmos o procedimento atinente à busca e apreensão com autorização judicial, vale ressaltarmos os casos em que a entrada em ambiente privado dispensa a outorga judicial. São eles: consentimento do ocupante, flagrante delito, desastre, necessidade de prestar socorro e cumprimento de ordens de prisão.

A primeira hipótese, consentimento do ocupante, legitima a entrada no ambiente, sendo aconselhável (mas não imprescindível) a lavratura de termo próprio registrando tal consentimento. Estes termos são normalmente lavrados com a assinatura de duas testemunhas e discute-se se haveria necessidade de tais testemunhas serem civis ou se poderiam ser policiais. Entendemos plenamente possível a utilização de policiais como testemunhas da entrada consentida, refutando uma suposta inversão sobre a presunção de legitimidade de que gozam a atuação e os testemunhos dos agentes públicos³⁴⁰.

A segunda é justificada pela necessidade de prender quem estiver em situação flagrancial. Vale ressaltar que a Constituição não restringiu as hipóteses de flagrante, sendo cabível, portanto, para todos os estados flagranciais descritos no Código de Processo Penal (próprio, impróprio, presumido e também nos chamados crimes permanentes).

Os casos de desastre e necessidade de prestar socorro são fundados na ponderação sobre o estado emergencial vivenciado por ocupante do local, justificando a momentânea abdicação do direito à inviolabilidade. Por fim, sendo o caso de dar cumprimento à ordem de prisão de réu que se ocultou em uma casa, o Código de Processo Penal também faculta ao executor que entre forçadamente, caso o morador não entregue o fugitivo³⁴¹.

socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

340 Os casos de malfeitos praticados por policiais ou quaisquer outros agentes públicos não podem ser utilizados para criar uma inversão da presunção de legitimidade dos atos de tais profissionais. Assim sendo, o testemunho dos policiais em quaisquer termos não de ser considerados presumidamente válidos, admitindo-se, no entanto, prova em contrário.

341 “Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.” Decreto-Lei

O artigo 240 do Código de Processo Penal afirma que se procederá à busca domiciliar quando fundadas razões assim o autorizarem. Fundadas razões são conceitos indeterminados que englobam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos normalmente estudados quanto às ações cautelares. Nesse sentido, assim como se exige fundada suspeita para a busca pessoal, deverão ser demonstradas motivadas razões no pedido de autorização judicial.

Nesse ponto, há de se frisar que a fase de inquérito lida com indícios e, a depender do momento da investigação, a indicação de autoria e de materialidade ainda podem carecer de indicações mais fortes. A exigência de contundentes elementos para justificar a autorização de busca em ambientes privados pode inviabilizar o desenvolver da própria investigação como um todo. O que reputamos inadmissível é o pedido que não demonstre plausibilidade e conexão lógica com uma possível linha investigativa, deixando de conectar o crime investigado com o local onde se pretende realizar a busca.

Diferentemente da busca pessoal, a domiciliar dependerá de determinação judicial. Desde a constituição de 1988, a busca não pode ser determinada por outras autoridades, o que impede as expedições de mandado de busca domiciliar pelo Delegado de Polícia. Quando houver necessidade, o presidente da investigação poderá representar diretamente ao juízo competente, solicitando autorização para a diligência de busca.

Quanto à decisão sobre o que será apreendido, trata-se de ato privativo do Delegado de Polícia. Durante as buscas, os objetos que a equipe policial acredite serem pertinentes à investigação serão primeiramente arrecadados. Já em sede policial, o Delegado de Polícia realiza a análise jurídica quanto à pertinência da arrecadação e poderá adotar uma das seguintes condutas: apreender os objetos ou devolvê-los aos seus detentores originais.

Frise-se que a restituição do objeto meramente arrecadado não constitui restituição de coisa apreendida tal como regulamentado nos artigos 118 e seguintes do Código de Processo Penal. Não se trata ainda de coisa apreendida, visto que a apreensão só se consolida depois de realizada a análise jurídica pelo Delegado de Polícia, ainda que isso ocorra em momento distinto, depois de trazido o objeto para a unidade policial.

Pode haver na ordem judicial que defere a busca um direcionamento prévio sobre o tipo de objeto buscado, norteando a atuação do Delegado de Polícia. No entanto, normalmente esse direcionamento é dado pelo próprio Delegado de Polícia que preside as investigações quando formula o pedido de autorização judicial. É o Delegado de Polícia quem tem conhecimento detalhado da investigação e, portanto, sabe quais objetos procurados guardam relação com o delito.

Além disso, entendemos que a atuação judicial visa resguardar a privacidade, decidindo se a busca pode ser ou não realizada. Quanto à decisão sobre o que

deva ser apreendido, trata-se de análise jurídica a ser realizada pelo Delegado de Polícia quanto à pertinência. Primeiramente pelo fato de ser o Delegado quem comanda as investigações e em melhores condições está de verificar o que é pertinente. Em segundo lugar, pelo fato de ser impossível antever tudo aquilo que será encontrado no local da diligência, tornando impossível uma descrição minuciosa no mandado judicial sobre quais objetos apreender. Caso o detentor do objeto se veja prejudicado por uma apreensão desnecessária, poderá pleitear posteriormente a sua restituição, nos moldes do que preconiza o Código de Processo Penal³⁴².

Antes de analisarmos as hipóteses enumeradas para a busca domiciliar, faz-se necessária a conceituação sobre a extensão da proteção da norma, no que tange à exigência de autorização judicial para a apreensão de objetos. A casa, residência habitual de uma família é o padrão de modelo protegido pela norma. No entanto, há diversos outros tipos de ocupações particulares que também são abarcados pela garantia que demanda ordem judicial para a busca.

O primeiro tipo de ocupação a ser citado são as áreas de estabelecimentos abertos ao público. As áreas públicas não exigem autorização judicial para que o Delegado de Polícia realize buscas e apreenda objetos. Sendo de livre e irrestrita circulação, determinado espaço de estabelecimento, ainda que privado, não está acobertado pela proteção à intimidade que fundamenta as garantias constitucionais, no que tange à necessidade de ordem judicial para o acesso. O mesmo se diz para os ambientes de propriedade do poder público. Sendo abertos e de circulação irrestrita, descabe a alegação de violação da intimidade.

No que tange aos locais não abertos ao público em geral, escritórios e espaços administrativos das empresas ou repartições, forçoso é que reconheçamos a necessidade de autorização judicial para a busca, estando aí reconhecida uma espécie de “intimidade” da pessoa jurídica.

342 Art. 120. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

§ 1º Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente.

§ 2º O incidente autuar-se-á também em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar.

§ 3º Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.

§ 4º Em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea.

§ 5º Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

O que realmente se preserva é a privacidade dos sócios, administradores ou dos que ali trabalham, incluindo os objetos utilizados nas atividades profissionais que sejam desenvolvidas no local. Da mesma forma, o teor dos documentos e as informações geridas pelos administradores em nome da empresa. Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal³⁴³ e do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁴, cujas interpretações corroboraram a exigência da autorização judicial.

Por fim, um importante caso de busca em estabelecimento profissional que deve ser mencionado é o dos escritórios de advocacia. O direito de defesa é consagrado como garantia processual fundamental e o sigilo profissional do advogado há de ser respeitado e garantido. No entanto, o exercício das garantias profissionais do advogado deve se dar nos limites de seus direitos profissionais, sem que se configurem excessos e abusos de poder.

Nessa linha, são possíveis as buscas nos escritórios de advocacia, mas, por exigência legal³⁴⁵, as diligências não de ser acompanhadas por representante da Ordem dos Advogados do Brasil. A peculiaridade da hipótese também recomenda que o Delegado de Polícia, já no pedido encaminhado ao Juiz, detalhe o objetivo da busca e quais documentos ou objetos suspeita estarem na posse do advogado. Não é razoável que seja promovida devassa irrestrita no escritório de advocacia, local onde normalmente se encontram autos e dossiês de diversos processos. No entanto, localizado instrumento de crime ou outro objeto especificamente ocultado dos órgãos policiais, necessária será a arrecadação e apreensão, evitando o mencionado abuso de direitos por parte dos profissionais da advocacia.

O raciocínio desenvolvido em relação aos escritórios de advocacia se estende aos demais profissionais e estabelecimentos protegidos pelo sigilo profissional,

343 “(...) 1.2. Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na degravação feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5º X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XII, da C.F.).” AP-307/DF – Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU de 13.10.1995, p. 34247.

344 “Apreendida, no escritório do paciente, a documentação que deu origem ao processo criminal, sem as cautelas recomendadas no item XI, do art. 5º da Constituição Federal, forçoso é reconhecer que se cuida de prova obtida por meios ilícitos, circunstância que afeta o procedimento (inciso LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal.” HC n.º 3912/RJ - STJ

345 “Art. 7º São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”. Lei 8906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

no que for cabível. São os casos dos consultórios médicos, de psicoterapeutas e das redações de jornal.

Ao dispor sobre a busca domiciliar, o código afirma que será realizada para:

- a) Prender criminosos;
- b) Apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) Apreender instrumentos de falsificação ou objetos falsificados;
- d) Apreender armas ou munições utilizados ou destinados ao crime;
- e) Descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do investigado ou réu;
- f) Apreender cartas abertas ou não, quando haja suspeita de que o seu conhecimento possa ser útil à elucidação do fato;
- g) Apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) Colher elementos objetos de convicção.

A primeira hipótese nominada é a da prisão de criminosos, caso em que a necessidade da busca não enseja grandes controvérsias. Segue a norma citando as coisas achadas e as obtidas por meios criminosos. As coisas achadas são as relacionadas ao crime previsto no artigo 169 do Código Penal³⁴⁶. As obtidas por meios criminosos constituem corpo de delito, devendo, portanto, ser apreendidas.

A apreensão de objetos falsificados, armas e instrumentos utilizados ou destinados à prática de crime também coadunam com a proteção buscada pela norma processual penal. Ressalte-se que instrumentos claramente destinados à prática criminosa futura (apetrechos para falsificação, dentre outros) também deverão ser apreendidos.

A descoberta de objetos necessários à prova da infração (materialidade do delito) também é destacada no rol legal. Quanto à comprovação da materialidade e de eventual autoria não há grandes observações. A diligência, nesses casos, se presta a atestar que o crime ocorreu e a indicar um suposto autor de sua prática.

Vale ressaltar que a busca também se presta à descoberta de objetos necessários à defesa do réu. Postulando em juízo ou em sede policial, o réu ou investigado deve ter garantida a possibilidade de realizar-se a diligência de busca com o fito de apreender objetos fundamentais à sua defesa. A redação do código

346 Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

Apropriação de tesouro

I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;

Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

corroborar o entendimento de serem os procedimentos criminais instrumentos de garantia para os cidadãos. Nesse sentido, a construção intersubjetiva da verdade, na constância da investigação ou do processo, deve se dar através da coleta de todas as provas pertinentes, incluindo as que inocentem eventual investigado ou acusado.

Sobre a apreensão de cartas, há precedentes jurisprudenciais³⁴⁷ que deixam clara a sua possibilidade. A garantia insculpida no artigo 5º, inciso XII³⁴⁸, não deve ser interpretada como absoluta, justificando a violação da intimidade epistolar, desde que haja fundada motivação e autorização judicial.

No que tange à apreensão de pessoa vítima de crime, temos o resgate daquele que tenha sido vítima de um delito e esteja sendo por alguém ocultado. Tal hipótese, normalmente relacionada aos delitos praticados contra incapazes relativos ou absolutos é também de grande importância para as investigações penais e para o sistema de proteção dos direitos como um todo.

Por fim, enumera a lei a coleta de objetos de convicção. Tratando-se de etapa voltada para a reconstrução fática e junção de indícios, a investigação conduzida pelo Delegado de Polícia se fundamenta, em muitos casos, na correlação de elementos mediatamente ligados ao crime. Assim sendo, a busca e apreensão de objetos deve ser analisada tendo em mente a dificuldade atinente à fase preliminar da persecução penal e rechaçando a demanda por uma correlação imediata e absoluta entre os objetos apreendidos e o crime investigado.

2 – OS CRIMES CONTRA A VIDA NO CÓDIGO PENAL

Uma análise estrutural da parte especial do Código Penal nos revela que a tutela do mais incisivo ramo do direito se volta para a proteção da pessoa (título I), da propriedade (títulos II e III), do trabalho (título IV), da religião (título V),

347 “1.O princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações não é absoluto. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o interesse público, em situações excepcionais, pode se sobrepor aos direitos individuais, para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para resguardar conduta criminosa. 2.Não viola o sigilo de correspondência da Paciente simples menção, no julgamento plenário, à apreensão de cartas que provam o relacionamento extraconjugal entre a Paciente e o corréu, acusados do homicídio da vítima. A prova está prevista no Código de Processo Penal, foi obtida com autorização judicial, interessava à investigação e estava relacionada à motivação do crime. 3.O Juízo condenatório, de todo modo, não está fundado apenas nessa prova, obtida na fase inquisitorial, mas em amplo contexto probatório, colhido durante a instrução criminal, sendo descabida a pretensão de anular o julgamento soberano realizado pelo Tribunal do Júri. 4. *Habeas corpus* denegado.” HABEAS CORPUS Nº 203.371 – RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, STJ.

348 XII - 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.

da dignidade sexual (título VI), da família (título VII) e das relações públicas (títulos de VIII a XI).

O indivíduo, a propriedade, o trabalho, a religião, a família e as relações públicas são pilares estruturantes do modelo de organização capitalista adotado no Brasil, motivo pelo qual receberam proteção de diversos ramos do direito, incluindo o penal. Frise-se, nesse ponto, que a proteção à dignidade sexual foi fruto de recente reestruturação do código³⁴⁹, já que a lei tutelava, de forma arcaica, os costumes sociais; resquício de uma objetificação dos corpos que hoje se reconhece como inconcebível.

A despeito da intensa tutela penal destinada aos bens jurídicos citados, destacando-se a alta apenação para os crimes contra o patrimônio, temos que a proteção à pessoa deva ser priorizada. Como bem afirma a maior parte da doutrina constitucionalista, todo o regramento do direito deve ser lido à luz do princípio da dignidade da pessoa humana³⁵⁰.

Prosseguindo em nossa análise sobre a estrutura de nossa principal lei penal, vemos que a proteção à pessoa é dividida, em linhas gerais, na tutela da vida, da integridade corporal, dos perigos à saúde, da honra e da liberdade. Ainda que saibamos que a dignidade da pessoa humana dependa da proteção sistemática dos diversos bens jurídicos até aqui mencionados, a vida, pressuposto lógico e biológico para o reconhecimento da pessoa, ainda constitui o seu principal elemento.

Situando o objeto da análise quanto à busca e apreensão, os crimes contra a vida do título I e capítulo I do Código Penal (artigos 121 a 128) versam sobre homicídio, feminicídio, induzimento ao suicídio, infanticídio e aborto. Os atentados contra a vida humana são, na maioria das vezes, tipificados em um desses cinco delitos. Analisaremos, portanto, a busca e apreensão realizada durante a investigação em cada um desses crimes, visando o destaque das especificidades da diligência, de modo a dar eficiência à investigação.

3 – A BUSCA E APREENSÃO NO CRIME DE HOMICÍDIO

O homicídio é a morte de alguém injustamente realizada por outra pessoa. Aponta-se como principais causas para a prática de homicídio as questões passionais, a embriaguez, a doença mental, a anormalidade psíquica, o jogo,

349 Vide lei 12.015 de 7 de agosto de 2009.

350 “Tratando-se de um método de ponderação de bens *à luz do caso concreto*, é intuitivo que *a priori* não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada—porque fora de cotejo axiológico—apenas a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte* dos demais valores, valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, *princípio e fim* de toda ordem jurídica”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 58.

a vingança, a política, a religião, a miséria e a marginalidade. Sobre a última motivação, vale citarmos a previsão do artigo 157 do Código Penal³⁵¹, no que tange à subtração de coisa alheia mediante violência com o resultado morte da vítima (latrocínio).

A investigação sobre homicídio visa o esclarecimento precípua da autoria de sua prática e da dinâmica de sua ocorrência, principalmente no que tange aos seguintes fatores:

- a) A motivação do crime;
- b) O nexo causal entre a agressão sofrida e o evento morte;
- c) O meio empregado;
- d) O estado mental do homicida;
- e) A periculosidade do homicida;
- f) A existência de estado de embriaguez por parte do homicida;
- g) Se o crime foi cometido com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel;
- h) Se o crime foi cometido sob violenta emoção;
- i) A idade do agente;
- j) A atitude da vítima;
- l) A inobservância de dever de cuidado;

Nas investigações sobre homicídio, normalmente não há questionamentos sobre a materialidade do delito. Na maior parte dos casos há a disponibilidade do corpo de delito para análise (corpo humano) e este constitui uma importante fonte de prova para a reconstituição das circunstâncias do delito.

Assim sendo, os resultados obtidos a partir da análise do corpo do falecido podem direcionar futuras buscas a serem realizadas, indicando, a título de exemplo, quais foram os instrumentos utilizados pelo crime e que devam ser localizados durante o desenrolar da investigação.

351 Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

- I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;
- II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;
- III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.
- IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;
- V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

No que tange à autoria do crime, a investigação dos crimes de homicídio irá variar em consonância com a possibilidade de indicar-se imediatamente um suposto autor. Se este for desde o início determinado, as buscas eventualmente realizadas servirão para a confirmação de sua autoria, colhendo-se objetos que corroborem a linha investigativa inicial.

Nesse ponto, vale o reforço de que a investigação conduzida pelo Delegado de Polícia não tem o exclusivo objetivo de obter provas para eventual acusação por parte do Ministério Público. As investigações devem se pautar também pela proteção dos direitos dos inocentes, buscando igualmente os elementos de prova que se voltam para a incisiva confirmação dos indícios de autoria ou para a defesa dos investigados que sejam inocentes.

Nas hipóteses em que a autoria seja indeterminada, normalmente presentes nos homicídios e latrocínios relacionados à violência urbana, haverá a necessidade de uma análise mais meticulosa quanto às buscas a serem realizadas e os objetos apreendidos. Os manuais de investigação costumam apontar perguntas-chave que servem de guia para a investigação em geral. São elas: O quê? Quando? Onde? Como? Por quê? Quem é/era a vítima? Quem é o autor? A partir das respostas a essas indagações, as buscas a serem realizadas poderão ser direcionadas, sempre tendo em mente os fatores relativos ao crime, anteriormente destacados.

Nas buscas relacionadas ao homicídio, fundamental é a análise do local do crime. Em algumas hipóteses, o local não é claramente determinado, casos em que o corpo de delito é encontrado em local diverso do que ocorreu o crime. Nessas situações, a investigação e as buscas devem se voltar inicialmente para o local de encontro do cadáver, visando a coleta de elementos que indiquem o local exato em que homicídio foi praticado, tais como rastros e pistas.

Sendo determinado o local da prática do delito, a análise de todo o ambiente, auxiliada por peritos e profissionais técnicos em criminologia é de extrema valia³⁵². A busca por vestígios, ainda que pouco significantes inicialmente, é fundamental ao cotejo futuro com outros elementos que sejam trazidos à investigação.

A amplitude do local do crime pode variar bastante, a depender do que se busque analisar. Assim, a busca por provas técnicas pode envolver o perímetro de todo um bairro. Atualmente, a análise de câmeras de monitoramento particulares e dos órgãos públicos em muito auxilia o trabalho policial. Muitas residências contam com o sistema de monitoramento voltado para a entrada da casa ou do prédio, que pode auxiliar na verificação das vias públicas e determinação das rotas de fuga dos criminosos. Tais imagens devem ser buscadas e apreendidas logo depois da prática do delito, evitando que se percam com o passar do tempo.

352 Cabe ao Delegado de Polícia a coordenação das atividades no local de homicídio, direcionando os investigadores e estabelecendo responsabilidades para a execução das tarefas.

Ainda sobre os sistemas de monitoramento, há também os mantidos pelo poder público, destacando-se as imagens de câmeras de segurança e os registros de passagem de determinado veículo por um ponto de monitoramento. Algumas das principais cidades do país já contam com centros integrados de controle, onde é possível obter informações sobre os automóveis que passaram por determinado local em um intervalo de tempo. A busca por esses dados também pode ser de grande valia, principalmente no momento inicial de direcionamento das linhas investigativas.

Como mencionado, a busca a ser realizada no local do homicídio tem o intuito de obter elementos que possam servir futuramente como provas ou indícios. As principais formas de coletar tais elementos são as fotos (de todo o ambiente do crime), os desenhos (esboços ou croquis da cena do crime), os exames perinecropsópicos (exames do cadáver feito pelo perito ainda no local), as pesquisas datiloscópicas e as coletas de outros materiais para exame laboratorial.

Na reconstrução histórica do evento delituoso, as buscas por elementos de convicção devem se voltar para objetos relacionados ao suposto autor, mas também à vítima e às pessoas ligadas a ela. Assim, analisando-se vestígios deixados pela vítima, ainda que fora do local em que seu corpo foi localizado, poderá, a título de exemplo, ser dirimida eventual dúvida sobre a prática de homicídio ou ocorrência de suicídio, este último sem relevância penal.

A diferenciação quanto à prática dolosa ou culposa do homicídio também poderá ser esclarecida a partir da apreensão de objetos e vestígios do crime. A intencionalidade da prática de um delito é fator subjetivo atinente aos elementos psicológicos do autor. O esclarecimento sobre o caráter doloso ou culposos dependerá da reconstrução lógica e racional da investigação, demonstrando estar presente ou não a intencionalidade da prática. Para isso, as buscas realizadas imediatamente no local do crime, além de outras eventualmente autorizadas judicialmente serão fundamentais para a obtenção das peças para a reconstrução deste grande mosaico recriado pelo Delegado de Polícia.

Um exemplo de esclarecimento de circunstâncias realizado por meio de provas técnicas coletadas em buscas é o dos homicídios cometidos no trânsito. Este tipo de crime é normalmente investigado por meio de perícias realizadas no local do acidente e nos veículos envolvidos, apreendidos por determinação do Delegado de Polícia.

Vale a pena a breve citação das buscas empreendidas por ocasião da investigação de duas espécies de homicídios, recentemente qualificadas pela legislação penal. São os homicídios cometidos por milícia privada e os praticados contra autoridade ou agente das forças de segurança pública.

A primeira hipótese recentemente incluída no Código Penal³⁵³, versa sobre o homicídio praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestar serviço de segurança ou, ainda, por grupos de extermínio. A recente modificação vem atender à necessidade de combate às milícias, vastamente disseminadas em algumas das principais cidades do país. Como detectado em muitos casos, há intenso apoio de diversos setores da sociedade neste tipo de atividade, envolvendo, inclusive, o suporte velado de políticos, que recebem em troca a sustentação eleitoral nos territórios dominados por tais milícias³⁵⁴.

Neste tipo de investigação, as buscas deverão ser direcionadas para o território de ação de tais milícias, incluindo diretórios partidários e associação de moradores que apresentem indícios de envolvimento com os homicídios praticados. O ideal é que os elementos coletados viabilizem a conexão de todos os envolvidos na organização criminosa, responsabilizando os que comandam ou colaboram com o seu desenvolvimento. Esses, muitas vezes, terão de ser encontrados em suntuosos gabinetes ocupados a pretexto do exercício de uma função pública.

Na atividade milicianiana, o Estado é substituído e ignorado. Os integrantes de tais facções criminosas se valem de lei própria e mecanismos de arrecadação de recursos, usando toda a sorte de castigos, torturas e homicídios para a manutenção de seus redutos de poder. Diante disso, veio em bom momento a alteração legislativa, destacando a reprovação mais contundente dos homicídios praticados numa verdadeira atividade empresarial.

A última espécie destacada é a do homicídio praticado contra agente de segurança ou um de seus familiares, em razão de sua condição³⁵⁵. De forma deplorável, a ousadia de criminosos, organizados ou não, é tão elevada que diariamente se atenta contra a vida de agentes de segurança pública, exclusivamente pela condição pessoal que ostentam. Diversas tentativas de roubo terminam com o homicídio da vítima quando é descoberta a sua condição pessoal de policial. Em outros eventos odiosos, familiares de policiais ou agentes penitenciários são vitimados em retaliação à atuação que contraria interesses de criminosos.

Nas buscas relacionadas a este tipo de delito, devem ser tomadas em conta

353 Art. 121, § 6º: A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

354 Ver Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, disponível em http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf, consulta realizada em 19 de junho de 2016.

355 121, VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

as circunstâncias e a motivação do crime, colhendo-se objetos e elementos ligados à sua preparação, o que, em alguns casos, poderá ocorrer no interior de presídios ou de territórios ocupados pelo crime organizado³⁵⁶.

4 – A BUSCA E APREENSÃO NO CRIME DE FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher constitui, ainda hoje, triste realidade a ser combatida pelas forças de segurança. Além do vilipêndio à sua dignidade sexual, a mulher enfrenta, em não raros casos, atentados contra a sua vida, diariamente noticiados pela mídia e apurados pelos órgãos policiais.

Diante disso, a lei 13.104 alterou o Código Penal em 2015 inserindo a figura do feminicídio. O crime de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino passou a ser qualificado e apenado com reclusão de doze a trinta anos.

É triste o reconhecimento de que a maior parte dos crimes dessa espécie são praticados por autor conhecido e ligado ao âmbito familiar da mulher. Em muitas ocasiões, é o próprio marido ou companheiro da mulher quem atenta reiteradamente contra a sua incolumidade física ou psíquica, até que seja ultimado um ataque fatal.

Nesse sentido, as buscas ligadas ao feminicídio se voltam principalmente para a identificação das circunstâncias e dos motivos de sua prática. Como dito, a qualificação do feminicídio exige que o crime tenha sido praticado por razões da condição do sexo feminino. Assim sendo, os elementos de prova buscados devem deixar claro que foi essa a motivação, eliminando as hipóteses em que a justificativa seja, por exemplo, ligada à marginalidade.

A busca e apreensão de objetos, documentos e informações que comprovem o comportamento e as intenções do suposto autor são fundamentais à caracterização do feminicídio. Na maioria das vezes, quando o feminicídio chega a ser praticado, o autor já apresentara comportamentos indicadores de sua tendência, quer seja por atos violentos e agressivos contra a mulher vítima ou pela atitude social em geral que demonstra desprezo pela figura feminina.

Em muitos casos a vítima narra a violência sofrida a terceiros ou as deixa registradas em cartas, diários ou mensagens eletrônicas. A dependência econômica também influencia muitas mulheres na decisão de permanência sob o jugo do agressor. Outro fator é a vergonha em denunciar o agressor e publicizar o ocorrido. Muitas vítimas ainda preferem o silêncio diante da possibilidade de exposição social e jurídica das violências que sofrem.

356 Cito as ações criminosas para a perseguição de policiais e seus familiares ordenadas por facções criminosas, cujos principais líderes, em muitas ocasiões, continuam a dar ordens do interior dos presídios onde se encontram encarcerados.

Diante disso, muitas vezes há indícios e provas que são mantidos de forma velada, no convívio íntimo da mulher e de sua família. Torna-se necessária a atuação célere para a busca de vestígios, antes que possam vir a ser destruídos ou ocultados. Aconselha-se a realização de buscas na residência da vítima, principalmente se o autor for do âmbito de sua convivência familiar. Ainda que esclarecida a prática do homicídio e sua autoria, a sua qualificação como feminicídio depende da obtenção de elementos que fundamentem as razões do crime, sendo essencial a imediata ação de busca na coleta de vestígios.

Isto posto, as buscas relacionadas ao feminicídio devem se voltar para a análise minuciosa do perfil psicológico do autor e de suas atitudes pretéritas, envidando, na garantia de direitos fundamentais desejada em toda investigação policial, que a qualificadora lhe seja imputada automaticamente pelo simples fato de ter vitimado uma mulher.

No entanto, se realmente for hipótese desse delito, a coleta de elementos deve indicar, com clareza, que o autor reproduziu às últimas consequências o nefasto sentimento de desprezo, ódio e crença de inferioridade da figura feminina, ideologia ainda presente nas mentalidades de muitos homens e mulheres.

5 – A BUSCA E APREENSÃO NO CRIME DE INDUZIMENTO AO SUICÍDIO

O suicídio não é ato lícito no direito brasileiro, como se extrai do Código Civil³⁵⁷. Embora alguns sistemas jurídicos tenham tentado fazê-lo ao longo da história (privação de sepultura para o suicida ou prisão do suicida que não consegue sucesso no ato), reconhece-se impossível o estabelecimento de sanção para quem descumpre o dever de não atentar contra a própria vida.

O dever de não atentar contra a própria vida depende exclusivamente do cumprimento voluntário motivado pela consciência moral de autopreservação. Assim sendo, as hipóteses de descumprimento deste dever moral e instintivo, ressalvadas as justificáveis exceções³⁵⁸, devem ser tratadas sob a ótica das ciências que estudam os problemas psicológicos.

A despeito disto, a lei penal sanciona aquele que induz, instiga ou presta auxílio para que alguém cometa suicídio. Entende a norma penal que a conduta ilícita deve ser desestimulada na sociedade e, por isso, pune aquele que colabora para a sua prática.

357 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

358 Considerados aqui os casos de eutanásia, sacrifício consciente da vida por causas ideológicas ou políticas, além das hipóteses de sacrifício da vida em prol da preservação da vida de terceiro, como nos casos da pessoa que sacrifica a vida para salvar a de um familiar próximo.

Nas buscas realizadas para a elucidação do induzimento ao suicídio, serão fundamentais as coletas de objetos ou elementos que reconstruam, da forma mais fidedigna possível, o ato suicida. Nas investigações sobre o evento morte, sempre serão cogitadas as hipóteses de ocorrência de homicídio, suicídio e induzimento ao suicídio.

Uma vez descartada a prática de homicídio, ainda que o suicídio não tenha repercussões penais mais incisivas, a reconstrução investigativa deve ser detalhada e minuciosa para que também seja eliminada, com segurança, a possibilidade de terceiro ter induzido, instigado ou auxiliado o suicida.

Ressalte-se que os vestígios encontrados em local de suicídio são muito específicos e característicos. Eventual exagero no local de encontro do suicida deve ser visto com cautela, pois pode ser a dissimulação de um homicídio. Dentre as análises que podem auxiliar nas buscas e formulação de linhas de investigação estão eventuais cartas ou mensagens eletrônicas deixadas, a posição da arma ou objeto utilizado pelo suicida e a disposição do corpo em conjunto com os demais móveis do ambiente. Para os suicídios praticados com arma de fogo, o exame para a coleta de resíduo de pólvora em suas mãos é imprescindível.

Nesse tipo de crime, as investigações se voltarão para os objetos utilizados pelo suicida para a prática, seu âmbito de amizades e também para suas práticas sociais ou culturais. A título de exemplo, foram noticiados ao longo das últimas décadas alguns casos de suicídios coletivos, promovidos por associações civis e religiosas, motivados por ideologias que disseminavam a necessidade/vantagem de atentar contra a própria vida em nome de uma causa.

Outra hipótese é a da pessoa em estágio avançado de determinada doença, muitas vezes incurável, que busca o auxílio de terceiro (em alguns casos profissional de saúde) para acelerar seu processo de morte. Embora discutível eticamente a legitimidade da eutanásia³⁵⁹, tal prática não é permitida no direito brasileiro, respondendo pelo crime do artigo 122 do Código Penal aquele que auxilia, de qualquer forma, na perpetração do suicídio.

6 – A BUSCA E APREENSÃO NO CRIME DE INFANTICÍDIO

A figura penal denominada infanticídio traz a situação específica da mãe que, sob o estado puerperal, mata o próprio filho.

O estado puerperal pode ser definido como uma intensa perturbação mental da parturiente que acarreta a perda de discernimento diante da adversidade do

359 A Eutanásia assistida é procedimento autorizado em alguns países, dentre os quais pode ser citada a Holanda. Atestada por dois profissionais de saúde a indignidade da manutenção da vida de determinada pessoa, ela pode optar pelo término assistido da própria vida, prezando pela sustação de um estágio de sofrimento que terminará com o inevitável resultado morte.

parto. Este estado pode ser creditado a dois motivos: psicológico ou físico-psíquico. O primeiro pode estar ligado a diversos fatores que tenham abalado a higidez psíquica da parturiente, tais como a desonra proveniente de uma gravidez ilegítima. O segundo é gerado pelos desgastes físicos da dor do parto, sangramentos, medo, fadiga, alterações hormonais, dentre outros.

Neste tipo de delito, a investigação e as buscas para a coleta de elementos se voltam exclusivamente para a mãe, que deve ser submetida às análises médicas para a determinação da ocorrência, ou não, do estado puerperal³⁶⁰.

Ressalte-se que, em não raros casos, mães abandonam ou atentam contra a vida do próprio filho, sem qualquer ligação com o estado puerperal. Há casos de mães que vendem os próprios filhos ou os descartam em lixeiras ou vias públicas, como se objetos desprezíveis os fossem³⁶¹.

Neste sentido, as análises dos elementos buscados e coletados devem se voltar para o nítido esclarecimento do perfil psicológico, dos hábitos e das práticas sociais da mãe. As circunstâncias da gravidez e da gestação também são relevantes, bem como o estado de saúde da mãe logo após o parto.

Assim sendo, o objetivo de eventuais buscas a serem realizadas será o de tornar nítido se a ação da genitora foi motivada pelo estado puerperal ou pelo desprezo desumano em relação à sua própria prole.

7 – A BUSCA E APREENSÃO NO CRIME DE ABORTO

Diversas são as discussões jurídicas no direito civil sobre o início da vida, mormente pela redação ambígua do artigo 2º do Código Civil³⁶². No entanto, no

360 O infanticídio é, inegavelmente e antes de tudo, um delito social, praticado na quase totalidade dos casos (e é fácil a comprovação pela simples consulta dos repertórios de jurisprudência), por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelos maridos e pelos amásios. Raríssimas vezes, para não dizer nenhuma, têm sido acusadas desses crimes mulheres casadas e felizes, as quais, via de regra, dão à luz cercadas do amparo do esposo e do apoio moral dos familiares. Por isso mesmo, o conceito fisiopsicológico do infanticídio – “sob a influência do estado puerperal” – introduzido no nosso Código Penal para eliminar de todo o antigo conceito psicológico – a causa da honra – vai, aos poucos, perdendo sua significação primitiva e se confundindo com esse, por força de reiteradas decisões judiciais. (TJSP – Rec. – Rel. Silva Leme – RT 421/91).

361 O que se dá, na realidade, é a morte de recém-nascidos em situações suspeitas, ocorrendo, na imensa maioria dos casos, em virtude de problemas, os mais diversos, tais como pobreza extrema, número excessivos de filhos, gravidez resultante de estupro ou mesmo ilegítima e/ou fortuita. Diante do fato indesejado, a mulher quando não consegue abortar, no início, pratica, como último recurso para sanar o problema, a morte do próprio filho. GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1994, p. 499.

362 Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

âmbito penal, o aborto é claramente proscrito, tratando a norma penal sobre as suas formas entre os artigos 124 e 128 do Código Penal.

O aborto se caracteriza com a interrupção voluntária da gravidez por meio da destruição do óvulo fecundado, do embrião ou do feto. A primeira hipótese do aborto é a do que é cometido pela própria gestante ou com o seu consentimento (art. 124 do C.P.), a segunda é a do aborto cometido por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125 do C.P.) e a terceira, a do aborto praticado por terceiro com a anuência da gestante (art. 126 do C.P.).

As buscas relacionadas ao aborto devem se voltar para a gestante que abortou, para o local onde teria sido praticado o procedimento ilegal e para a motivação que levou à sua prática. Muitas notícias-crime sobre aborto surgem a partir da hospitalização de mulheres que tiveram o procedimento clandestino malsucedido. Mais importante que a responsabilização da própria gestante é a identificação dos partícipes do ato, mormente os que o fazem através de atividade comercial (clínicas de aborto).

A identificação da espontaneidade ou provocação do aborto é fundamental para a sua caracterização como crime. São muito comuns, principalmente nos primeiros meses de gestação, as ocorrências de abortos espontâneos, que desmerecem análises penais. A caracterização da provocação do aborto dependerá, em muito, de vestígios a serem analisados pela medicina legal.

As buscas para a identificação da prática abortiva podem se voltar para instrumentos cirúrgicos, tais como curetas, pinças, bicos de pato e outros privativos de médicos, quando encontrados na posse de suspeitos de colaborar com o crime. Medicamentos abortivos e proscritos também poderão ser buscados e apreendidos. As clínicas em que se suspeite a prática de tais procedimentos poderão ter agendas e computadores apreendidos.

A lei penal trata também da hipótese qualificada do aborto (art. 127 do C.P.), quando a gestante sofre lesão grave ou lhe sobrevém a morte. Nesses casos, será fundamental a busca por vestígios no próprio corpo da mulher através de exames médico-periciais, bem como as análises sobre as circunstâncias que antecederam o evento, inclusive com a apreensão de objetos na residência da gestante. Salutar também é a investigação sobre as circunstâncias médicas, sociais e familiares que envolviam a gravidez.

É inevitável frisarmos que a investigação sobre aborto provocado ou consentido pela própria gestante, antes de constituir um problema de justiça penal, traduz um grave problema de ordem social e política e tem como consequência um enorme problema de saúde pública. São inúmeras as ocorrências abortivas clandestinas e que colocam em risco as vidas das gestantes, submetidas a procedimentos sem as mínimas condições de higiene ou segurança hospitalar.

8 – CONCLUSÃO

A busca e a apreensão de elementos que levem à elucidação de crimes é uma das principais ferramentas de que se vale o Delegado de Polícia durante a investigação.

Respeitados os direitos dos investigados e envolvidos, entendemos que a apreensão de objetos possivelmente conectados ao crime se justifica, principalmente, ante à possibilidade de perda de vestígios fundamentais ao esclarecimento do ocorrido.

Aqueles que se veem prejudicados pela apreensão de objetos sempre podem requerer a sua restituição, havendo procedimento previsto no Código de Processo Penal para tal devolução.

No entanto, a construção intersubjetiva da verdade sobre o fato delituoso consumado depende da coleta de elementos que orientem a racionalidade de quem comanda a investigação, auxiliando no descarte de linhas investigativas, inclusive para a proteção de inocentes eventualmente arrolados.

Por todo o exposto, vê-se nas buscas e nas apreensões de objetos um dos mais profícuos instrumentos para a investigação policial nos crimes contra a vida, delitos que atentam contra o pressuposto primeiro da dignidade humana, que é o da sua existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTAVILLA, Enrico. Psicologia judiciária. v. I e II. Coimbra: Armênio Armando Editor, 1982.
- CROCE, Delton Júnior. Manual de Medicina Legal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GILABERTE, Bruno. Crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.
- GOMES, Hélio. Medicina Legal. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1994.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1977, volume V.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. Manual Operacional do Policial Civil: doutrina, legislação, modelos. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal – Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal - Vol. 1. Fernando da Costa. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Capítulo XIII

DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Carlos Eduardo Pellegrini^{*363}

1. INTRODUÇÃO

O tema sobre a busca e a apreensão em escritório de advocacia revela discussão acalorada no meio jurídico acentuada, principalmente, frente ao aumento de operações deflagradas pela Polícia federal para coibir a criminalidade existente em diversas camadas sociais.

A experiência nos tem demonstrado com o efetivo exercício da atividade persecutória, que as pessoas incluídas em todas as camadas sociais, dos mais abastados aos menos infortunados, cometem crimes, cada qual com os meios disponíveis ao seu alcance no meio social.

De modo geral, os mais abastados e instruídos não precisam utilizar de violência e grave ameaça para aumentar o patrimônio pessoal. Então, manejam outros subterfúgios como fraude, suborno, corrupção entre outros sofisticados mecanismos ilícitos de acréscimos patrimoniais.

Já os menos afortunados, como não detém em seu meio social essa instrução, usam a violência e a grave ameaça para alcançar esse desiderato.

Neste contexto, percebe-se que este meio persecutório empregado nas linhas investigativas tem incidência maior naqueles nichos dada a sistemática das ações criminosas inserida nesta sociedade de massa e neste mercado capitalista, os quais propiciam a transnacionalidade criminógena.

³⁶³ Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada/Espanha (2011). Pós-graduado em Ciências Criminais pelo Instituto Luiz Flávio Gomes/Universidade do Sul de Santa Catarina (2007). Formado no Curso Superior de Polícia para Classe Especial/Academia Nacional de Polícia (2012). Instrutor do Curso de Aperfeiçoamento a Prevenção e a Repressão à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (2006-2009). Professor de Pós-graduação de Direito Penal da Escola Paulista de Direito. Professor de Processo Penal da Rede de Ensino Damásio Educacional. Delegado de Polícia Federal.

O mandado de busca e apreensão, por sua vez, surge como instrumento hábil para auxiliar nas investigações criminais, seja qual for a natureza do crime praticado ou a posição social ou política da pessoa ou do grupo na sociedade, uma vez que esta técnica policial pode perfazer linha investigativa de inúmeros casos como aqueles relacionados ao tráfico de drogas, assalto, sequestro, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, corrupção, desvio de dinheiro público, crimes previdenciários, crimes ambientais entre outros.

Não obstante, quando essas investigações esbarram em pessoas que detém, formal ou material, a profissão de advogado, o tema torna-se palpitante, sendo certa a adjetivação emblemática quando se trata, sobretudo, de casos relacionados aos crimes econômicos praticados por aqueles que ocupam posições sociais elevadas na sociedade.

Independentemente dos fatos resvalados na sociologia criminal, o cerne da questão é a densidade constitucional que envolve a matéria, a qual inicia o estudo por quatro premissas insofismáveis.

A primeira, de caráter absoluto, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (CF, artigo 133), cuja aplicabilidade da norma constitucional e seus efeitos serão nos próximos capítulos analisados.

As demais premissas cingem-se na inviolabilidade de domicílio (CF, artigo 5º, inciso XI); na intimidade, imagem e vida privada (CF, artigo 5º, inciso X); e na incolumidade moral do indivíduo (CF, artigo 5º, III).

As premissas constitucionais postas serão o ponto de partida para a compreensão da natureza jurídica da inviolabilidade dos escritórios de advocacia e os limites legais do cumprimento do mandado de busca e apreensão.

Durante o desenvolvimento do estudo, o tema será enfrentado com a reflexão sobre algumas intrigantes indagações como aquelas relacionadas à possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão nos escritórios de advocacia; à obrigação de comunicação prévia a Ordem dos Advogados do Brasil; ao prejuízo ao princípio da oportunidade e comprometimento da colheita de prova; à especificidade do conteúdo do mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia e, por derradeiro, à permissão de entrada noturna em escritório de advocacia.

O interessante do tema é mostrar as diferentes hipóteses de atuação do advogado, pois, como é factível, pode, de um lado, exercer a plenitude legal de sua profissão em prol da justiça como, de outro, também pode, no contexto social, ser partícipe, coautor, autor de crime, membro de associação ou organização criminosa, situações em que, o tratamento jurídico é distinto.

O plexo legislativo, que regula a persecução criminal e, principalmente, o instituto da busca e apreensão associado à jurisprudência dos Tribunais

superiores, à abalizada doutrina processual penal e ao confronto de casos constatados no efetivo exercício da atividade jurídico-policial, foram também levados a efeito nesta análise.

Pretende-se com este ensaio demonstrar a importância deste instrumento processual para a tutela dos bens jurídicos e da segurança pública no Estado Democrático de Direito e da própria dignidade humana, valores consagrados na Constituição federal de 1988.

2. SISTEMA PERSECUTÓRIO CRIMINAL

O principal instituto processual penal para comprovar a verdade material, denomina-se prova. É aquele responsável para condenação de fato criminoso, uma vez comprovada à imputação, ou à absolvição, sendo certa a demonstração das eximentes, excludentes ou dirimentes.

Em busca da prova, um dos relevantes meios persecutórios na seara criminal, denomina-se da busca e apreensão, que tem o condão de afastar a inviolabilidade concedida a lugares, coisas e documentos.

Este instrumento deve ser analisado em todos os seus aspectos, histórico, metodológico, empírico e técnico-investigativo para determinar as suas atribuições, fundamentos, poderes, limites e, principalmente, o verdadeiro papel na investigação criminal.

2.1. Projetos do código de processo penal

Como é cediço, o código de processo penal atual foi promulgado em 3 de outubro de 1941, por meio do decreto-lei n. 3.689, período da era Vargas, Estado totalitarista.

De acordo com a promulgação das Constituições, que sucederam esse regime, Constituição de 1946, de 1967, de 1969 e a vigente, de 1988, foram apresentados inúmeros projetos e anteprojetos de reforma e modificação do sistema processual penal.

Alguns desses projetos merecem destaque face às inovações, embora não convertidos em lei, trouxeram importantes pontos de mudança, principalmente, em relação à sistemática da busca e apreensão (Torinho Filho, 1997). São os anteprojetos de Hélio Tornaghi de 1963 e de José Frederico Marques de 1970.

O anteprojeto de Código de processo penal de 1963, elaborado por Hélio Tornaghi, apresenta essa inovação no Título – “Providências que recaem sobre pessoas ou coisas – Da Busca, Da Apreensão e Da Restituição”. Esse título foi dividido em três partes, sendo a primeira “Da Busca”, a segunda “Da Apreensão” e a terceira “Da Restituição”.

Em relação à busca, esse anteprojeto estabeleceu duas espécies, a busca pessoal e a busca domiciliar (artigo 387). Determinou a definição da busca pessoal ao afirmar que a busca deveria ser “feita nas vestes, pastas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada e, quando necessário, no próprio corpo” (artigo 390). Fez também referência expressa na busca pessoal sem mandado (artigo 392). Disciplinou a busca pessoal em mulheres (artigo 393) e, por derradeiro, estabeleceu os fundamentos e admissibilidade da busca pessoal (artigo 391) e domiciliar (artigo 394).

Em relação à apreensão, disciplinou a possibilidade de apreender as coisas e pessoas buscadas (artigo 401), trouxe a inovação de apreensão de “cartas abertas ou não, destinadas ao indiciado ou acusado em seu poder” e permitiu a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado quando constituir elemento do corpo de delito.

O anteprojeto de Código de processo penal de 1970, elaborado por José Frederico Marques, organizou a busca e apreensão no capítulo referente aos atos processuais coativos, dividindo-a em duas partes, uma para busca e a outra para apreensão.

Esse anteprojeto fez previsão expressa à possibilidade da Autoridade policial determinar a busca (artigo 206), sendo também titular desta medida o Juiz e o Ministério Público, antes de propor a ação penal. Estabeleceu a obrigatoriedade de lavratura de auto circunstanciado e permitiu a busca em local “habitado ou aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade” (artigo 214).

Esse projeto, em relação à apreensão, seguiu os mesmos parâmetros daquele elaborado em 1963 por Hélio Tornaghi.

Com a Constituição Federal de 1988, a busca e apreensão domiciliar transforma-se em cláusula de reserva jurisdicional em respeito ao primado da dignidade humana.

3. DA BUSCA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo penal disciplinou tanto a busca como a apreensão no Capítulo X do Título VII – “Da Prova” referente ao Livro I – “Do processo em geral”.

Dispõe o Código de processo penal de duas espécies de busca, a busca domiciliar e a busca pessoal (artigo 240, *caput*).

Apesar de o legislador ter estabelecido tratamento da matéria na mesma seção, trata-se de institutos de natureza jurídica distintas, razão pela qual serão estudados neste trabalho em capítulos distintos.

3.1. Etimologia

A origem da palavra busca deriva do latim *poscere* (Pitombo, 2005), o que significa exigir, pedir com autoridade, reclamar, demandar, exigir e reivindicar.

O vocábulo no espanhol é *persecución* (Universal, 2006) cujo significado é perseguição, perseguição, busca, seguimento, reiteração e insistência.

A palavra busca no italiano é *buscare* (Torrini, 1994), cuja tradução é fazer diligência para encontrar algo.

Para a língua portuguesa, busca (Bueno, 1989), do verbo transitivo buscar é sinônimo de pesquisa, tratar de descobrir, de granjear, revistar, examinar, encontrar, procurar ou investigar.

O ato de buscar, então, tem o significado de mover-se com o fim de encontrar algo ou alguém mediante exame detido de coisas ou objetos, bens, semoventes ou outros valores em lugar certo e determinado.

3.2. Conceito

Nota-se que a compreensão do significado de busca não tem conotação distinta da noção jurídica, cuja expressão possui objetivo singular, haja vista tratar de investigação na seara penal.

Borges de Rosa define busca como “a diligência que se faz em determinado lugar como fim determinado lugar, com o fim de aí encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura” (Tourinho Filho, 1997).

É intuitivo que a busca para o processo penal não surge de modo indeterminado ou incerto, ao contrário, está atrelada a perseguição criminal para a consecução de suas finalidades.

Cleunice Pitombo conceitua com maestria o tema em estudo:

A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração. (PITOMBO, 2005)

3.3. Natureza jurídica

Existe intensa discussão na doutrina referente à natureza jurídica da busca. A posição minoritária aponta que a busca e a apreensão representam único instituto, enquanto que a majoritária entende que são institutos autônomos.

Entre aqueles que defendem a autonomia dos institutos, não há consenso quanto a natureza jurídica, pois uns defendem que a busca é meio de prova, outros instrumentos de perseguição e há também aqueles que entendem que é coação processual.

Este trabalho parte do pressuposto que a busca é instituto autônomo e instrumento persecutório e restritivo de direito.

3.4. Objeto e finalidade

O objeto da busca está explícito no artigo 240 do CPP, cuja finalidade é o resultado pretendido.

Esta norma processual penal relaciona todos os objetos da busca, sendo certo que o elemento primordial da busca é a procura de elementos de convicção (§1º, alínea h).

No entanto, a busca também pode ser utilizada para encontrar criminosos, capturá-los ou recapturar condenados (§1º, alínea a).

Ressalta-se que o mandado de prisão, por si só, não autoriza a entrada em casa alheia, sem a anuência do morador.

A entrada em residência somente pode ser realizada pelos policiais sem mandado judicial ou anuência do morador quando se tratar de cometimento de crime de natureza permanente³⁶⁴.

Busca-se também para encontrar “coisas achadas ou obtidas por meio criminosos” (§1º, alínea b); “instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos (§1º, alínea c); “armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso” (§1º, alínea d).

O Código de processo penal permite também a perseguição para encontrar “cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato” (§1º, alínea f).

A busca também pode ser feita para descobrir objetos necessários à defesa do réu (§1º, alínea e), o que demonstra que a persecução criminal deve ser conduzida de forma imparcial na busca dos elementos de convicção.

É intuitivo que a finalidade da busca está relacionada à procura dos elementos de convicção para descoberta da verdade material. A busca,

364 Crime permanente é aquele em que o momento consumativo da situação danosa ou perigosa se protraí no tempo (Damásio, 1999). Pode-se citar como exemplo o delito de ou cárcere privado (CP, artigo 148), redução a condição análoga a de escravo (CP, artigo 149), usurpação de função pública (CP, artigo 328), lavagem de dinheiro, na modalidade ocultação e integração (Lei n. 9613/98, artigo 1º, *caput*), tráfico de drogas (Lei n. 11.343/2006, artigo 33, na modalidade fabricar, adquirir, transportar e possuir).

destarte, pode auxiliar tanto a defesa como a acusação, motivo primordial para o inquérito policial, o qual detém como instrumento a busca, ser procedimento prévio ao processo criminal.

Buscam-se, de outro lado, também pessoas (§1º, alínea g) na medida em que são indispensáveis à realização de exame corpo de delito ou elaboração de perícia afeta à investigação criminal como exame residuográfico, exame grafotécnico, exame de verificação de idade e constatação de vestígios como sangue, sêmen, DNA entre outros.

Assevera-se, no entanto, que o rol dos objetos da busca previsto no artigo 240 do Código de processo penal não é taxativo. É, desse modo, meramente exemplificativo, haja vista que o legislador não tem como prever todas as hipóteses casuísticas, nem lhe é exigido esta previsibilidade para regulamentação do instituto.

3.5. Espécies

Prevê o Código de processo penal duas espécies de busca, a busca domiciliar e a busca pessoal, ambas são constrições aos direitos e garantias individuais do cidadão (CF, artigo 5º, incisos III, X e XI).

É da própria natureza jurídica que busca pode ser feita em qualquer lugar, desde lugares públicos como parques, praças, jardins, museus, rodovias, praias, rios, lagos, mar, selvas a estabelecimentos públicos ou privados e abertos ao público e até estritamente privados como veículos, motos, barcos, navios, aviões, casas, apartamentos, escritórios e empresas.

As duas espécies previstas no código não esgotam todas as modalidades de busca, mas são estudadas em razão dos requisitos legais os quais autorizam o uso dos instrumentos, haja vista que os lugares públicos, de uso comum do povo, não necessitam de ordem judicial.

O estabelecimento prisional dispensa ordem judicial, mas depende de autorização do Diretor do presídio. Esse ato é próprio do poder de polícia³⁶⁵ (Administrativo pública), o qual o diretor detém para fiscalizar com acuidade o presídio³⁶⁶ ou casa de detenção³⁶⁷.

Os órgãos públicos, a princípio, também não necessitam de ordem judicial para realização de busca e apreensão, pois ordens judiciais podem ser substituídas

³⁶⁵ Um dos poderes da Administração pública tendente a limitar a fruição das liberdades e dos bens jurídicos individuais. Como exemplo podemos citar fiscalização dos agentes de saúde do Ministério da Saúde ou da Prefeitura em bares, restaurantes e construções.

³⁶⁶ Lugar onde os presos cumprem, de forma definitiva, pena, ou seja, houve sentença transitado em julgado.

³⁶⁷ Lugar onde estão os presos provisórios, resultantes de prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão resultante de sentença de pronúncia ou de expulsão.

pela ordem do chefe da repartição, o qual detém o poder hierárquico próprio da Administração pública, comando e hierarquia sobre os subordinados.

O que ocorre, de forma cautelosa, é que a Autoridade policial prefere, com fulcro no princípio da oportunidade e compartimentação, representar pela expedição de mandado judicial com o fim de preservar a investigação criminal contra vazamento de informações imprescindíveis à prisão do sujeito ou à apreensão dos elementos de prova em repartição pública.

3.5.1. Da busca domiciliar

A busca domiciliar, como o próprio nome está a indicar, é realizada no domicílio alheio com o fim de procurar algo ou alguém.

A perseguição criminal, nas hipóteses legais estudadas neste capítulo, é, na verdade, exceção à garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio (CF, artigo 5º, inciso XI), sendo sempre exceção de caráter jurisdicional.

A jurisdicionalidade da busca surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Constituição federal de 1988, antes detinha conotação, em sentido estrito, própria de poder de polícia judiciária.

A busca domiciliar pode ser feita em determinadas situações:

- I mediante autorização judicial;
- II. mediante livre e expresso consentimento do morador;
- III. em caso de flagrante delito;
- IV. pela autoridade judiciária.

Na persecução criminal, a busca domiciliar, fora das hipóteses de flagrante delito e livre consentimento do morador, somente deve ser cumprida, durante o dia, com prévia autorização judicial representada pela regular expedição de mandado judicial (CF, artigo 5º, inciso XI c.c. o artigos 240, §1º e 241, segunda parte, ambos do CPP).

À ausência de autorização judicial nas hipóteses de flagrante delito, principalmente, aqueles de natureza permanente, não há divergência na jurisprudência³⁶⁸.

“Habeas corpus. Invasão de domicílio para realização do flagrante. Nulidade. Art. 5., XI, CF. Cerceamento de defesa, por falta de indagação se o paciente era dependente de drogas, art. 22, par. 5., da Lei n. 6.368/76. Vício de depoimentos de testemunhas, idênticos em seus termos. Legitimidade do flagrante. Infração permanente. Estado de flagrância caracterizado, o que afasta a exigência de mandado judicial, art. 5., XI, CF. Omissão da indagação prevista no artigo 22, par. 5., da Lei 6.368/76. Nulidade inexistente. Ausência de indícios de que a paciente seja dependente do uso de drogas.

368 STF, HC 70.909/SP, relator Min. Paulo Brossard, DJ 25.11.1994.

Cerceamento de defesa não caracterizado. Precedentes do STF: HC 68.980, HC 69.995, HC 61.716, RHC 61.716, HC 70.268, HC 69.733, HC 65.786, HC 68.915, HC 68.516, HC60.478, HC 65.438, HC 64.237. Inexistência de oportuna impugnação da defesa. Matéria preclusa. Ausência de vício na forma como foram reduzidos a termo os depoimentos, observada a mesma ordem das indagações. Inexistência de objeções da defesa, na oportunidade. Prática que não vicia o ato judicial ou o conteúdo dos depoimentos, Inexistência de prejuízo. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de *habeas corpus*”.

A lei processual prevê a possibilidade de expedição de mandado judicial mediante representação da Autoridade policial ou a requerimento da vítima ou do Ministério Público.

Será realizado busca domiciliar quando houver “fundadas razões” (CPP, artigo 240, §1º), vale dizer, fortes indícios ou motivos concretos de encontrar no domicílio almejado elementos de convicção que corroboraram com a prova da materialidade ou individualização de conduta (acusação) ou até mesmo a excludentes, eximentes ou dirimentes (defesa).

Não se pode confundir fundadas razões com meras suspeitas. Meras suspeitas não são suficientes para ensejar a busca domiciliar. De outro lado, são levadas em consideração para a realização de busca pessoal.

O conhecido jargão “atitude suspeita”, utilizado pelos policiais, principalmente, por aqueles formados ou em exercício na atividade policial anteriormente à promulgação de 1988, para justificar a entrada em domicílio não é válido, é ilegal. Pode configurar, em tese, abuso de autoridade, previsto no artigo 3º, alínea b, da Lei n.4.898/65, e violação de domicílio de acordo com o artigo 150 do Código Penal.

A autorização judicial para o cumprimento de busca domiciliar é, na verdade, decisão judicial proferida por juiz competente nos autos do inquérito policial ou do processo penal. No entanto, não é qualquer decisão judicial; deve ser, em obediência ao artigo 93, inciso IX, da Constituição federal, fundamentada. Deve conter, expressamente, as fundadas razões da necessidade da busca para a perseguição criminal.

A decisão judicial de busca domiciliar deve conter os motivos de fato e de direito que autorizem a medida, sendo que o mandado judicial deve indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência, o nome do respectivo proprietário ou morador, o motivo e os fins da diligência e ainda ser subscrito pelo escrivão e assinado pelo juiz (CPP, artigo 243).

Ressalta-se que no momento da decisão judicial pela expedição de mandado de busca, deve estar demonstrado, senão a prática de crime, indícios que indiquem a existência do delito.

3.5.2. Da busca pessoal

A busca pessoal consiste na constatação corpórea e nas vestes de alguém ou, por extensão da diligência, em objetos (bolsas, malas, valises, pastas), em bens móveis (automóveis, aviões, barcos, navios, motocicletas) ou semoventes (gados, animais de criação ou estimação), de detenção, posse ou propriedade da pessoa perseguida para encontrar coisas relacionadas aos elementos de convicção pertinente à investigação ou à instrução criminal.

A busca pessoal também é medida constritiva e restritiva de direito, a qual requer como pressuposto “fundada suspeita” (CPP, artigo 244). Diferente da busca pessoal que exige “fundadas razões” (CPP, artigo 240, § 2º).

A busca pessoal exige fundada suspeita, no singular, a busca domiciliar exige fundadas razões, no plural. Razão, axiologicamente, tem conotação mais gravosa que suspeita. No caso, a lei exige razões, logo, mais de uma. Enquanto que suspeita para busca pessoal, basta uma.

Esse raciocínio, dentro da hierarquia de valores constitucionalmente protegidos, se apresenta de modo lógico-racional, pois a busca domiciliar atenta contra a inviolabilidade do domicílio, regra constitucional, na medida em que a busca pessoal atenta com restrição à liberdade que cede, na escala axiológica, frente à segurança urbana, haja vista que representa técnica policial de patrulhamento urbano, cotidianamente, utilizada pelas forças policiais³⁶⁹ de

³⁶⁹ Polícia de Segurança divide-se em polícia ostensiva e polícia judiciária. Polícia ostensiva tem por objetivo a preservação da ordem pública com medidas de prudência julgadas necessárias para evitar o dano ou perigo para as pessoas (físicas ou jurídicas). Exemplo: Polícia rodoviária federal, Polícia militar, Polícia ferroviária federal. Polícia judiciária tem a finalidade de apurar os fatos delituosos e perseguir os seus autores. Ex: Polícia federal, Polícia civil. Não confundir com polícia administrativa, na verdade, poder de polícia, um dos poderes da Administração tendente a limitar a fruição das liberdades e dos bens jurídicos individuais. Exemplo: fiscalização dos agentes de saúde do Ministério da Saúde ou da Prefeitura em bares, restaurantes e construções. Polícia federal (Polícia judiciária da União) tem as atribuições de apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, entidades autárquicas ou empresas públicas; infrações de repercussão interestadual ou internacional com atuação uniforme; reprimir e prevenir o tráfico ilícito de drogas, o contrabando e o descaminho; exercer as funções marítima, aérea e de fronteiras (CF, artigo 144, §1º). Polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal destinam-se ao patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais (CF, artigo 144, § 2º). Nas estaduais, a atribuição é da polícia dos Estados-membros. Polícia civil apura os crimes no âmbito de sua circunscrição, com exceção a atribuição da Polícia Federal Polícia militar é a polícia ostensiva dos Estados responsável pela preservação da ordem pública(CF, artigo 144, § 5º). Guarda municipal tem por finalidade proteger os bens, serviços e instalações do município. Tecnicamente, não é polícia ostensiva, mas, atualmente, cumpre com essa atribuição nos centros urbanos (artigo 144,

segurança pública que atuam na prevenção e repressão à criminalidade urbana.

A lei determina, em rol meramente exemplificativo, os objetivos da busca (CPP, artigo 244), os quais são armas proibidas, objetos, ou papéis que constituam corpo de delito.

Entende-se que os mesmos objetivos consagrados no artigo 240 do Código de Processo penal também são considerados para a busca pessoal.

Neste raciocínio, pode-se resumir que a busca pessoal tem como objetivo primordial a procura de elementos de convicção.

Não se pode confundir busca pessoal realizada, principalmente, pela polícia ostensiva (patrulhamento) ou, em decorrência de investigação ou instrução criminal, pela polícia judiciária, com perícia, em sentido amplo.

Perícia é realizada por pessoas com conhecimentos especializados em determinada área da Ciência para diversos fins desde instrução de procedimentos estritamente particulares como empresas a processos judiciais (penal, civil, trabalhistas, falimentares) ou processos arbitrais mediante reconhecimento e constatação de pessoa ou coisas.

A perícia policial faz parte das especializações de polícia judiciária, sendo na seara criminal, utilizada para colaborar com a Autoridade policial, na persecução criminal, ou com a Autoridade judiciária, no processo penal.

A busca pessoal também é instrumento utilizado pela perícia para demonstrar ao juiz e à autoridade policial suas conclusões em laudos técnicos como detecção de sangue, sêmen, pólvora ou qualquer outra substância relacionada à prática de crime.

Quando a busca pessoal recair sobre mulher e, por extensão, em seus pertences (móveis) deverá ser procedida por policial do sexo feminino desde que não importe em prejuízo da diligência (CPP, artigo 249).

§ 8º). A Força nacional de segurança pública (FNSP), criada em 2004, é um programa de cooperação de Segurança Pública brasileiro, coordenado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), do Ministério da Justiça (MJ) reúne policiais pertencentes às Polícias Militares dos Estados-membros, indicados pelas Secretarias de Segurança de seus respectivos Estados. **É acionada quando um Governador requisita auxílio federal para conter atos que atentam contra a lei e a ordem**, os quais haja perimento de controle das forças de segurança locais. Ela já foi utilizada no Espírito Santo e no Mato Grosso do Sul, primariamente para ajudar a conter rebeliões em presídios. O Governo federal chegou a oferecer a presença da Força Nacional ao Estado de São Paulo, durante os ataques às forças de segurança estaduais ocorridos em 2006, mas a oferta foi recusada pelo Governo do Estado paulista. O governador do Estado do Rio de Janeiro, em 2007, devido à onda de ataques de facções criminosas, pediu auxílio da Força nacional de segurança pública. O maior contingente da tropa federal empregado com cerca de quinhentos homens e cinquenta e duas viaturas enviados para patrulhar dezenove pontos de divisa do estado. A operação, chamada “Divisa integrada”, atua sob determinação do governo do Estado fluminense (SENASP, 2008). A Força Nacional de Segurança é uma espécie de força especial de combate à criminalidade em apoio aos Estados. Atua em missões específicas e determinadas, sob o comando do Secretário Nacional de Segurança Pública a pedido do Governador do Estado.

O prejuízo da diligência frisado na lei está relacionado tanto à segurança do policial como à integridade da colheita do elemento de convicção.

Em relação à segurança do policial, podem ser citadas como exemplo diligências realizadas em locais perigosos como favelas, morros e cortiços, nos quais a busca pessoal deve ser feita, de forma célere, mas cuidadosa, para evitar agressões à integridade do policial e sua equipe.

Nessas hipóteses, quando se defrontarem com suspeita de portar armas de fogo ou brancas, ou qualquer outro elemento de convicção, se a equipe policial não tiver como prever essa situação ou não houver efetivo feminino na Delegacia ou corporação policial, a busca deverá ser realizada pelo próprio policial do sexo masculino.

Em relação à integridade da colheita do elemento de convicção, aplica-se o mesmo raciocínio na hipótese de colheita célere do elemento de convicção sob pena de deterioração ou perecimento, como colheita de substância tóxica, venenosa, explosiva, radioativa, humana (sangue, sêmen, lágrima, excreção entre outras).

3.6. Momento

O Código de processo penal, como visto, disciplina que a busca pode ser utilizada como instrumento persecutório restritivo de direito tanto no inquérito policial como no processo penal ou na execução penal, quando se tratar de condenado foragido ou com mandado de prisão em aberto, pendente de cumprimento.

A busca também pode ser realizada antes da instauração de inquérito policial. Esse entendimento é decorrência dos preceitos contidos no artigo 6º, inciso, II do Código de processo penal, os quais estabelecem que a Autoridade policial logo que tiver conhecimento da prática da infração criminal (contravenção penal ou delito), se possível e conveniente, deverá dirigir-se ao local à procura de todos os objetos que tiverem relação com o fato investigado.

Com efeito, o juiz pode autorizar a busca mesmo antes de regular instauração de inquérito policial.

Este é o entendimento da jurisprudência brasileira³⁷⁰:

“A teor do artigo 6º, II, do CPP, pode a autoridade judicial, ao tomar conhecimento de fato delituoso, determinar a busca e a apreensão de objetos relacionados com o mesmo, antes da instauração do respectivo inquérito”.

A experiência nos têm demonstrado que, embora seja possível realizar busca na fase de instrução criminal, muitas vezes para complementar ou robustecer a

370 RT 665/333

prova (defesa ou acusação), é no inquérito policial que deve ser colhida, em respeito aos princípios da oportunidade e pragmaticidade (Pellegrini, 2008), pois, de longe, representam mais eficiência à busca da verdade material, haja vista que com o transcorrer do tempo os elementos de convicção tendem a desaparecer.

É a lembrança que se perde com o tempo, é a substância que perece ou deteriora. Quanto mais tardia for a comunicação do crime ou a instauração do inquérito e, principalmente, o cumprimento de diligências de colheita dos elementos de convicção, mais tortuoso será o esclarecimento do fato delituoso.

O outro ponto relevante deste instrumento está relacionado ao momento de execução.

Enquanto a busca pessoal pode ser feita em qualquer horário (dia ou noite), pois se trata de técnica policial muito utilizada pelos policiais nos centros urbanos, a busca domiciliar somente pode ser executada durante o dia (CF, artigo 5º, inciso XI).

A Polícia Federal utiliza como parâmetro para fixar o significado de dia como o período que decorre das seis horas da manhã às seis da tarde.

O início da busca deve começar durante o dia, o que não significa que não pode perdurar à noite, em decorrência dos trabalhos de persecução, como aqueles realizados em grandes instituições financeiras, em grandes terrenos ou áreas construídas.

Com efeito, muitos dos crimes graves são cometidos durante a madrugada. Nessas situações, a Autoridade policial, se oportuno e necessário para a investigação, deve determinar o cerco do local para preservação dos objetos e pessoas até o amanhecer para, munido de mandado de busca, iniciar as diligências.

A experiência durante a atividade policial demonstra que a execução da busca deve ser procedida da seguinte forma: identificação ao morador do domicílio e posterior exibição do mandado e intimação para franquear a entrada desde que possível devido à periculosidade do investigado ou do local, caso contrário, permite-se a entrada forçada, ou em caso de desobediência, arrombamento de portas e janelas para entrada no domicílio e, durante a busca, se houver resistência de pessoas ou coisas para encontrar o que se procura, é lícito o emprego de força. Ao final, lavra-se auto com o relato sucinto do ocorrido (CPP, art. 245).

3.7. Titularidade

O Estado democrático de direito tem como pressuposto o respeito irrestrito à legalidade, cujas atribuições e competência entre os poderes e órgãos de Estado devem ser respeitadas para plena fruição e harmonia da República e da própria prestação de serviços públicos à população.

A Justiça e a Segurança pública são valores constitucionais almejados pela República Federativa Brasileira.

A função investigativa, desse modo, deve ser realizada por órgão equidistante à acusação e à defesa com o fim de colher, de modo isento e imparcial, os elementos de convicção de instrução ao processo penal.

Essa colheita deve ser procedida de modo imparcial, pois os elementos colhidos servem às partes processuais (acusação e defesa), por força do artigo 240, §1º, alínea e, do Código de Processo penal, sendo o primordial motivo de o constituinte de 1988 fixar a investigação, de forma exclusiva, à polícia judiciária (federal e civil) no artigo 144, §1º, inciso V, da Constituição federal.

A Autoridade policial preside o inquérito policial e a Autoridade judiciária preside o processo penal. O Ministério público acusa e o advogado defende. Este é, por lei, o sistema processual brasileiro.

Qualquer outra forma instituída por ato administrativo é usurpação de função pública, que além de ferir a harmonia institucional dos órgãos de Estado, pode, em tese, configurar crime de usurpação (CP, artigo 328).

As crises de identidade não devem ser toleradas no exercício de função pública e as mazelas públicas devem ser sanadas com investimento e correição para salvaguardar as instituições.

A utilização desse instrumento persecutório não é diferente. Após a Constituição federal de 1988, deve ser precedido de autorização judicial.

O titular da autorização da medida de busca é o juiz, competente em razão do local ou da matéria.

O titular da execução é a polícia (CPP, artigo 250 c.c. artigo 6º), cuja atribuição lhe pertence por força do local ou matéria.

O membro do Ministério público e o advogado, seja assistente de acusação ou o defensor, são postulantes da medida. Eles podem acompanhar a diligência, desde que previamente autorizado pela Autoridade policial, quando não causar tumulto à medida ou prejuízo à colheita de prova. Jamais poderão executar a medida por falta de permissão legal.

Embora o artigo 241 do Código de processo penal estabeleça que o juiz tem poderes de execução da medida, não deve ser esquecido que o estatuto processual entrou em vigor em pleno estado totalitário, denominado “era Vargas”.

Este dispositivo deve ser interpretado em fina consonância com a Constituição federal de 1988, cuja força originária contemplou o devido processo legal como garantia do cidadão.

Devido processo legal, o qual estabelece que o juiz deve ser imparcial e julgar o caso de acordo com as provas colhidas pelos órgãos competentes, no caso, a polícia e a defesa.

O Supremo Tribunal Federal, quando teve a oportunidade de manifestar

sobre o tema juiz de instrução na ação direta de inconstitucionalidade n. 1570-2³⁷¹, julgou parcialmente procedente a ação, ao declarar inconstitucional o artigo 3º da Lei n. 9.034/1995 na parte que se refere a dados fiscais e eleitorais, asseverando que não existe no ordenamento jurídico brasileiro o denominado juiz de instrução, em respeito ao devido processo legal, o que, por conseguinte, proíbe o juiz de cumprir diligências pessoalmente na busca de dados sigilosos dada a imparcialidade do magistrado, cuja atribuição é inerente à Polícia e mitigada ao membro do Ministério público.

Outro tema apreciado pelo Supremo Tribunal Federal foi se uma Comissão Parlamentar de Inquérito teria atribuição para realizar busca domiciliar ou determinar, por mandado, o devido cumprimento.

No caso, a Excelsa corte³⁷² reconheceu a existência constitucional de reserva de jurisdição em relação à violabilidade do domicílio (Canotilho, 1993).

“As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional de reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a Constituição Federal atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário”.

O ministro Celso de Mello da Suprema corte, analisando este tema como relator em sede de *mandamus*,³⁷³ salientou que:

“nem a Polícia judiciária, nem o Ministério público, nem a administração tributária, nem a Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Esse comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República”.

Durante o exercício de atividade policial, houve casos em que a Polícia Federal foi compelida pelo Poder legislativo (Câmara dos deputados e Senado federal) a cumprir mandado de busca legislativo.

Como asseverado à época, está ordem é manifestamente ilegal, pois não existe hierarquia do Poder legislativo em relação à Polícia federal ou a qualquer outro órgão do Poder executivo e, ademais, o Poder legislativo não detém este poder.

371 STF, Pleno, relator Min. Maurício Corrêa, decisão em 12.02.2004. DJU 22.10.2004.

372 STF, Pleno, Mandado de segurança n. 23.642/DF, relator Min. Néri da Silveira, decisão 29.11.2000, Informativo STF n. 212.

373 STF, Pleno, Mandado de segurança n. 23.452-1/RJ, decisão 16.09.1999, DJU 12.05.2000.

3.8. Conteúdo da constrição

Nas hipóteses estudadas que exigem o mandado judicial para iniciar a busca, o conteúdo deste instrumento, como visto no subcapítulo 3.5.2. Busca domiciliar, deve conter as exigências contidas no artigo 243 do Código de processo penal.

O mandado de busca domiciliar tem que conter os motivos de fato e de direito que autorizem a medida, sendo que deve também indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, o motivo e os fins da diligência e ainda ser subscrito pelo escrivão e assinado pelo juiz.

É fato público e notório que devido às operações da Polícia federal em grandes empresas, em domicílios de agentes políticos e instituições financeiras, fez surgir a discussão sobre o conteúdo do mandado de busca.

Esta discussão se restringe à abrangência do conteúdo do mandado.

Entretanto, o inciso II do artigo 243 do estatuto processual resolve essa celeuma, ao estabelecer no mandado judicial os motivos e os fins da diligência (CPP, artigo 243, incisos II).

Dessa forma, é ilegal mandado vago ou incerto. O mandado deve apontar, de forma clara, o local, o motivo e a finalidade da procura e a autoridade judicial responsável pela expedição.

4. DA APREENSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como a apreensão é instituto autônomo, o qual decorre logicamente de regular procedimento de busca, será estudado em capítulo distinto com o fim de demonstrar o conceito, a natureza jurídica, os fundamentos, os objetos e as finalidades.

4.1. Etimologia

A etimologia ensina que a palavra apreensão deriva do latim “adprehendo”, que significa apoderar, tomar, agarrar, segurar ou prender. Era empregada na Antiguidade com o mesmo sentido de apoderamento de coisa abandonada.

De Plácido e Silva (1967) define apreensão como:

“ação e efeito de se tirar de alguém, ou tomar de outrem, coisa que se encontrava em poder do mesmo, ou de apoderar-se de coisa, que se encontrava em abandono.”

O vocábulo apreensão, então, expressa o sentido de reter, apanhar, pegar, ou acautelar.

4.2. Conceito

Com o término da busca, seja qual for a espécie empreendida na atividade policial, deve-se sempre proceder à apreensão para servir de prova à demonstração da verdade material e ao livre convencimento do juiz.

O professor Hélio Tornaghi (1997) traz com maestria a definição:

“a apreensão é o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa de quem a detém”.

A apreensão é medida pela qual a Autoridade (policial ou juiz) retira o bem móvel ou semovente da esfera de detenção ou posse de outrem, restringindo o direito de propriedade, para preservá-lo durante o processo penal.

O instituto da apreensão, embora construtivo, se apresenta à persecução criminal de duas formas: a primeira, coercitiva, derivada do procedimento de busca; a segunda, espontânea, fruto de apresentação ou exibição de qualquer pessoa (testemunha, vítima ou terceiro), inclusive o próprio investigado.

Destarte, nem toda apreensão deriva de busca, como nem toda busca resulta em apreensão.

4.3. Natureza jurídica

O instituto da apreensão traz insito a ideia de conservação dos elementos de convicção da prática de infração penal durante o processo penal.

Discute-se na doutrina se a apreensão tem caráter de medida cautelar ou, tem natureza distinta, próprio de meio de prova. Medida cautelar porque é a forma assecuratória pela qual se preserva a prova (CPP, artigos 158 a 184). Meio de prova, pelo fato de trazer ao processo penal as provas para análise probatória do juiz.

Embora em determinados casos, exista a cautela de realizar a apreensão para proteger os elementos de convicção face o perecimento ou deterioração, a apreensão é a medida construtiva inerente à persecução criminal que serve tanto como medida probatória para a defesa e acusação como de meio de ressarcimento da vítima.

Dessa forma, é como a jurisprudência tem dado tratamento a matéria³⁷⁴:

“Prova - Apreensão do produto da subtração em poder do acusado – Inversão do ônus probatório – Ocorrência: O fato de o produto da subtração ter sido encontrado em poder do réu provoca a inversão do ônus da prova, de sorte que, em tais circunstâncias, passa a ser obrigação do acusado justificar a posse de modo convincente, sendo certo que, não o fazendo, a presunção de autoria transmuda-se em certeza”.

374 RJTACRIM 44/126.

A apreensão também pode ser utilizada no processo penal como instrumento de reparação do dano sofrido pela vítima da prática do crime, razão pela qual o artigo 120 do Código de Processo penal estabelece a possibilidade de restituição: “quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.”.

Nos inquéritos policiais instaurados para apurar crimes praticados contra o patrimônio como roubo, furto, apropriação indébita, receptação e estelionatos, a apreensão do bem móvel, sobre o qual recai a conduta criminosa, é instrumento utilizado na persecução criminal não somente para provar a perpetração do crime como meio de ressarcir à vítima.

4.4. Objeto e finalidade

Os objetos da apreensão são, na essência, os mesmos estudados no capítulo 3.4 Objeto e finalidade referente à busca. Não há, portanto, divergência entre os institutos da apreensão e busca quanto aos objetos.

De acordo com as lições do processualista Hélio Tornaghi (1997), a apreensão pode ter fins penais, processuais ou puramente administrativos.

“Fins penais, porque visa tornar efetiva a lei penal, a apreensão de: a) coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (art. 240 § 1.º, b); b) instrumentos de falsificação ou contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos (art. 240 § 1.º, c); c) armas e munições, instrumentos utilizados na prática do crime ou destinados a fim delituoso (artigo 240 § 1.º, d). Fins processuais, porque objetiva a prova do crime, a apreensão de: a) objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu (art. 240 § 1.º, e); b) cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder (art. 240 § 1.º, f); c) qualquer (outro) elemento de convicção (art. 240 § 1.º, h). Fins administrativos, porque destina-se à apreensão de: a) pessoas vítimas de crime (art. 240 § 1º, g)”.

A titularidade da medida de apreensão também é semelhante à estudada no item 3.7 do capítulo 3. Da Busca no Código de Processo penal.

Ressaltam-se, entretanto, alguns julgados³⁷⁵ que permitiram a apreensão de objetos pela Polícia militar, convalidando a medida constritiva mediante posterior instauração de inquérito pela Polícia civil.

“Mandado judicial. Alertada por *notitia criminis* oriunda de órgão policial militar, não macula a busca e apreensão cumprimento do respectivo mandado judicial pelo mesmo órgão, tanto mais que se seguiu a regular instauração do inquérito pela polícia civil, à qual foram entregues os bens apreendidos”.

Os bens apreendidos devem estar em fina sintonia com os fins e motivos descritos na decisão judicial que autorizou a medida. Na verdade, os fins e motivos devem estar expressos no mando judicial (CPP, artigo 243, inciso II).

375 RSTJ 27/101.

Não podem ser apreendidos bens que não tenham relação com os motivos e finalidades da persecução criminal.

O motivo e finalidade da persecução criminal estão relacionados com a investigação do fato criminoso, objeto da portaria do inquérito policial.

A Autoridade policial deve apreender todos os objetos que tiverem relacionados com o fato (CPP, artigo 11), incluindo os instrumentos do crime, produto do crime e documentos relacionados a todas as fases do delito (cogitação, preparação, execução, consumação, exaurimento, ocultação, conversão e integração).

Os instrumentos do crime serão posteriormente analisados pela perícia para constatação da natureza e eficiência (CPP, artigo 175).

Existem, de outro lado, determinadas coisas que, embora sejam, diretamente, vinculadas a investigação, não são, de fato, apreendidas como sangue, saliva, sêmen, cabelo, resquícios de pele, impressão digital entre outras substâncias.

Essas substâncias são colhidas pela perícia, por pessoa tecnicamente qualificada para proceder a colheita, para posterior análise em laboratório, cuja finalidade é instruir a investigação com elementos técnicos (juízo de certeza) em busca do esclarecimento do fato criminoso (CPP, artigo 6º, inciso III).

Essa colheita é sempre habilmente protegida pela Autoridade policial quando, em local de crime, preserva o perímetro para consecução desse objetivo.

Nessas hipóteses, a apreensão dos objetos relacionados do crime somente poderá ser realizada após o término dos trabalhos periciais.

Outro objeto importante para o alcance das finalidades da apreensão, o qual merece análise acurada, é a apreensão de pessoa.

O artigo 245, § 5º, do Código de processo penal, determina que: “descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade e de seus agentes”.

A custódia refere-se à privação da liberdade para fins de proteção dos elementos de convicção, representa cautela da Autoridade policial em relação à prova propriamente dita ou aos meios de prova. Tem natureza administrativa e processual penal.

A pessoa será custodiada para salvaguarda de sua própria proteção. Nessa hipótese, pode ser tanto a vítima de crime como o criminoso quando há revolta popular ou clamor público diante do crime perpetrado.

A pessoa também será custodiada para colheita de vestígios, quando vítima para preservar análise dos elementos de convicção deixados pelo crime nela praticado; quando autor do crime, para proteger futuro exame pericial.

Esses exames são, na verdade, exames de corpo de delito, cuja definição refere-se a todos que, de forma direta ou indireta, comprovam a prática de crime (CPP, artigo 158).

A custódia da vítima perdura até o término dos exames de corpo de delito, os

quais poderão ser realizados em qualquer dia ou horário (CPP, artigo 161), ou até cessar o estado de perigo.

5. DA BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

Depois de estudar os institutos da busca e da apreensão e estabelecer os conceitos, fundamentos, naturezas e limites, este capítulo tem como objetivo trazer à tona o cerne da questão: a inviolabilidade dos escritórios de advocacia. Tema sobre o qual recai uma série de discussões acaloradas na doutrina e repercutidas diretamente nas Delegacias e Tribunais.

Neste capítulo, então, serão analisados os limites e as garantias constitucionais aplicáveis aos institutos da busca e apreensão, os conceitos de casa e escritório e, por conseguinte, as hipóteses de busca em escritórios de advocacia e a apreensão de documentos.

5.1. Digressão das garantias constitucionais aplicáveis à busca e apreensão

Impossível analisar o tema sem primeiro elencar os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, entre eles: a inviolabilidade de domicílio (CF, artigo 5º, inciso XI); intimidade e vida privada (CF, artigo 5º, inciso X); incolumidade física e moral do indivíduo (CF, artigo 5º, III).

E, não menos relevante, a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça (CF, artigo 133), cuja norma constitucional tem aplicação imediata contida nos limites da Lei 8.906/94.

Do mesmo modo, se faz em relação às garantias constitucionais do devido processo legal (CF, artigo 5º, inciso LIV) e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (CF, artigo 5º, inciso LVI).

Em relação à inviolabilidade de domicílio o artigo 5º, inciso XI, estabelece “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

A entrada na casa, então, pode ocorrer durante o dia com o consentimento do morador ou autorização judicial e durante à noite em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro.

O artigo 5º, inciso, XI, quando prevê a hipótese de entrada em domicílio nas hipóteses de desastre³⁷⁶ e para prestar socorro, institui a ajuda humanitária, haja

³⁷⁶ Resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema (vulnerável), causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais. Os desastres são quantificados em função dos danos e prejuízos. In: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/seguranca_urbana/defesa_civil.

vista que o próprio estatuto repressivo pune a omissão de socorro (CP, artigo 138).

Essa garantia não pode ser violada sequer no estado de defesa³⁷⁷, sendo certa a vigência de todas as normas pertinentes aos institutos de busca e de apreensão.

A única exceção presente no ordenamento jurídico brasileiro ocorre, por força do artigo 139, inciso V, da Constituição federal, na hipótese de estado de sítio³⁷⁸ quando decretado exime as observâncias das garantias constitucionais, ou seja, o domicílio torna-se violável sem necessidade de prévia autorização judicial.

De modo expresso, há também proteção constitucional à integridade física e moral do indivíduo: “ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante (CF, artigo 5º, inciso III) e “aos presos o respeito à integridade física e moral” (CF, artigo 5º, inciso XLIV).

As garantias constitucionais da intimidade e privacidade devem ser respeitadas pelo Estado mesmo na hipótese de busca e apreensão pessoal ou domiciliar na medida em que não se pode propalar eventuais fatos descobertos com a persecução penal, relacionados à própria pessoa que sofreu a constrição ou à terceiro, os quais não estejam relacionados com o fato investigado.

A Constituição Federal não estabeleceu de modo taxativo, todos os direitos e garantias constitucionais (CF, artigo 5º, § 3º), pelo contrário, fez alusão expressa àqueles inseridos em tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (Emenda constitucional n. 45/2004).

Os direitos e as garantias constitucionais previstos têm incidência direta nos institutos de busca e apreensão e, com certeza, não inviabilizam a aplicação do instituto apenas compatibilizam os princípios democráticos da constituição cidadã ao poder-dever do Estado brasileiro.

Existem pessoas, entretanto, que estão imunes à jurisdição estatal. Pessoas que exercem representação diplomática de Estado soberano ou Organização internacional, por força de tratados e convenções internacionais³⁷⁹ (CF, artigo 5º, § 2º).

A imunidade estende-se aos membros da família do agente diplomático

377 O estado de defesa é decretado para preservar ou restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (CF, artigo 136).

378 O estado de sítio ocorre mediante comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficiência de medida tomada durante o estado de defesa; declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (CF, artigo 137).

379 Convenção sobre Funcionários diplomáticos, de Havana, de 20 de fevereiro de 1928 e ratificada pelo Brasil em 30 de julho de 1929; Convenção de Viena, de 18 de abril de 1961, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 56.435, de 8 de julho de 1965; Convenção de Viena sobre Relações consulares, de 24 de abril de 1963, promulgada pelo Decreto n. 61.078, de 26 de julho de 1967 e aprovada pelo Decreto legislativo n.6/67; Convenção sobre Missão especial, de Nova York, de 1969.

e o servidores administrativos e técnicos estrangeiros da missão diplomática, inclusive ao advogado que presta serviço ao corpo diplomático e seus pertences.

Esta imunidade abrange o impedimento de realização de busca na Embaixada diplomática e casas consulares e, por consequência, a residência oficial ou particular, os meios de transporte, o mobiliário, os arquivos e documentos da missão.

Os funcionários diplomáticos, no entanto, não podem se recusar, por força do tratado, a entregar os acusados ou condenados por infração penal (contravenção ou delito), que estejam refugiados na missão diplomática, embaixadas e casas consulares.

5.2. Noção de domicílio

Insere-se neste capítulo a noção de domicílio com o fim de estabelecer quais são os limites da inviolabilidade constitucional para, de outro lado, identificar o devido poder-dever do Estado de proceder à busca e à apreensão dos elementos de convicção indispensáveis à persecução penal.

A inviolabilidade do domicílio posta na Constituição federal como garantia fundamental tem aplicabilidade direta. No entanto, o vocábulo “domicílio”, utilizado como sinônimo de “casa”, tem extensão contida, o qual depende de lei para regular a sua amplitude e seus efeitos de aplicabilidade.

O anteprojeto do Código de processo penal do professor Hélio Tornaghi contemplou a definição da expressão casa (artigo 386): “Qualquer peça habitada; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento, não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

O anteprojeto também apontou as exceções ao conceito de casa como “as partes comuns de hotéis, hospedarias, estalagens ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto abertas; as tavernas, casas de jogo e outras do mesmo gênero; as habitações usadas como local para a prática de infrações penais” (artigo 397).

O Código de Processo penal não ofereceu o conceito de casa.

No entanto, o Código penal, ao prever o delito de violação de domicílio³⁸⁰, elencou as hipóteses de casa (CP, artigo 150, § 4º).

“I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

E as hipóteses que não compreendem o conceito de casa (CP, artigo 150, § 5º):

“I - hospedaria, estalagem ou qualquer habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”.

380 Artigo 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. Pena, detenção, de um a três meses, ou multa. Este crime é de menor potencial ofensivo, por força da Lei n.9.099/95, cuja pena máxima é inferior a dois anos.

Protege-se, com esta disposição legal, desde as mansões dos mais abastados até cabanas postas pelos mendigos em ruas e praças públicas.

Esta, aliás, era a concepção dada pelos ingleses, cuja tradição se retrata em todas as constituições democráticas da modernidade, conforme verificado poeticamente no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico (Silva, 2003):

“O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer; o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela adentrar”.

Segundo as lições de Fernando da Costa Torinho Filho (1997), a palavra domicílio, prevista no artigo 240 do Código de Processo penal, e a palavra casa, prevista no artigo 150 do Código penal, o sentido civilístico, mas o de residência, “a casa onde alguém viva ou trabalhe e exerça a sua atividade a qualquer título”.

5.3. Conceito de escritório

O conceito de escritório, como estudado no tópico anterior, é, de fato, englobado na definição de casa para o ordenamento jurídico brasileiro.

A lei penal considera escritório todo “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (CP, artigo 150, § 4º inciso III).

Para todos os efeitos de aplicabilidade de garantia constitucional, o escritório tem a mesma proteção de domicílio ou casa.

Quando a lei processual penal, então, menciona domicílio está, por conseguinte, estendendo os efeitos de proteção legal, ao escritório.

Para compreender a extensão de proteção à inviolabilidade de escritório, entende-se por profissão (Bueno, 1989): “ofício, emprego, ocupação, modo de vida, ato de professar, umas das atividades especializadas, de caráter permanente, em que se desdobra o trabalho total realizado em uma sociedade”. E atividade, dessa forma, tem caráter precário, não especializado realizado de forma não habitual.

Nestes termos, não só o escritório de advocacia está protegido a cerca da inviolabilidade pela Constituição como os escritórios de arquitetura, engenharia, medicina, veterinária, fisioterapia, artes, história, contabilidade, mecânica, ou seja, de qualquer profissão ou atividade.

5.4. Das hipóteses de busca e apreensão em escritórios de advocacia

Os escritórios de advocacia têm proteção legal conferida pelo Estatuto da ordem dos advogados do Brasil (Lei n.8.906/94).

O Estatuto dos advogados, no entanto, sofreu alteração realizada pela Lei n. 11.767, de 7.8.2008, a qual alterou o artigo 7º, inciso II, da Lei n.8.906/94 e disciplinou a regra da inviolabilidade do local, dos instrumentos de trabalho do advogado e de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática pertinente ao exercício da profissão.

O advogado, que exerce, dentro dos limites legais, sua profissão, seja qual for a especialidade administrativa, civil, penal, tributária, previdenciária, internacional, de jurisdição contenciosa, voluntária ou arbitral, terá a proteção constitucional da inviolabilidade.

A inviolabilidade dos escritórios de advocacia é a regra para os casos de exercício lícito da profissão, porém comporta exceção.

A exceção está disciplinada no artigo 7º, § 6º, do estatuto do advogado, introduzida pela Lei n. 11.767/2008, cuja hipótese é a existência de indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado.

Durante a persecução criminal, se forem constatados indícios da prática de crime por parte de advogado é possível a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia.

No momento em que o advogado, concomitante ou não com o exercício da profissão de causídico, atua, com vontade livre e deliberada, no sentido de ser partícipe, coautor ou autor de crime, membro de associação ou organização criminosa é dele retirada a proteção da inviolabilidade.

A Constituição tutela o exercício lícito da profissão de advogado, não o protege, e não poderia ser diferente, quando da prática de crime.

O advogado não detém imunidade para praticar crime, deve ser investigado como qualquer cidadão.

O artigo 7º, § 6º, do estatuto da OAB, como dito, estabelece os requisitos para o cumprimento de busca e apreensão nos escritórios de advocacia e a abrangência do resultado da diligência.

“Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.”.

O primeiro requisito é de ordem material relacionado à investigação criminal, indícios de autoria e materialidade da prática de crime.

O artigo 239 do Código de Processo penal define o conceito de indício: “a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Entende-se por autoria, como estudado, a participação, a coautoria ou a associação.

Autoria de crime ocorre quando alguém realiza a conduta típica, identificada no verbo do núcleo do tipo, como nos crimes de homicídio, matar (CP, artigo 121); lesão corporal, ofender (CP, artigo 129); furto, subtrair (CP, artigo 155); na apropriação indébita, apropriar-se (CP, artigo 168); receptação, adquirir (CP, artigo 180); extorsão, constranger; na lavagem de dinheiro, modalidade ocultação, ocultar (Lei n. 9.613/98, artigo 1º); nos crimes contra a ordem tributária, suprimir ou reduzir (Lei n. 8.137/90, artigo 1º).

Aqueles que realizam a conduta típica são denominados coautores.

Outros não realizam a conduta típica, mas atuam como agentes provocadores. Essa hipótese é denominada participação, cuja definição é retirada por interpretação a contrario sensu do artigo 31 do Código penal: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”, ou seja, ocorre quando há o ajuste, a determinação, a instigação ou o auxílio.

A associação está caracterizada quando há determinado pacto, acordo prévio, para a prática de crime como ocorre na associação para financiamento ao tráfico (artigo 35, parágrafo único) ou a na associação ao tráfico de drogas (artigo 35), ambos previstos na Lei n. 11.343/2006.

Para autorização de busca e apreensão em escritório de advocacia, deverão ser demonstrados durante a persecução criminal os indícios de autoria do advogado no fato criminoso.

Outro requisito é a materialidade, embora colocada como requisito, ocorre somente quando o crime deixar vestígios, sendo de certo representada pelo exame de corpo delito direto ou indireto (CPP, artigo 158).

Esse requisito não pode ser suprido pela confissão do advogado. Deve, pelo menos, haver alguma prova documental ou testemunhal da prática do crime.

A título de exemplo: se o advogado tiver participação no crime de homicídio pelo fato de ter instigado seu cliente a assassinar a esposa infiel. Ao cometer o crime, o cliente desfere facadas na esposa infiel e, logo após, corta em pedaços o cadáver e joga em poço d'água profundo no interior de uma mata, sendo que, ao final, retorna ao escritório do advogado para contar o feito.

Nessa hipótese, para ser decretado o afastamento da inviolabilidade do escritório de advocacia, deve ser comprovada a materialidade de homicídio ou, pelo menos, do sequestro ou cárcere privado. A polícia deverá encontrar o cadáver para exame de corpo delito.

Se a Polícia não encontrar o cadáver, nem identificar testemunha que presenciou o deferimento de facada do cliente na mulher, terá, pelo menos, que encontrar testemunha a qual presenciou o cliente com a mulher momentos antes

do desaparecimento; ou testemunha que presenciou o encontro do cliente em estado suspeito (com sangue na camisa, sujo de barro, entre outras circunstâncias congêneres) com esposa em período próximo ao desaparecimento.

E, sobretudo, para ser possível o afastamento da proteção constitucional da inviolabilidade do escritório de advocacia, deverá ser comprovado, no mínimo, por indícios veementes, elementos (documentos, conversas interceptadas, testemunhos etc.) de instigação. Caso contrário, o indeferimento é medida de rigor dada a densidade constitucional de proteção ao local de trabalho do advogado, conferido pelo artigo 133 da CF.

Não obstante, comprovados esses indícios, a Autoridade policial poderá representar pelo afastamento da inviolabilidade do escritório de advocacia, representando pela busca e apreensão com o fim de colher outros elementos de convicção como resquícios de sangue da vítima ou do próprio cliente, em razão da execução do assassinato, deixados no escritório pelo cliente em razão do encontro com o advogado; ou as marcas do sapato do cliente para comprovar que foi o mesmo utilizado quando do assassinato (confronto direto de evidências).

Se a autoridade policial não conseguir colher esses indícios de autoria e materialidade, o juiz pode determinar o indeferimento da medida.

O segundo requisito, determinado pelo artigo 7º, § 6º, do estatuto da OAB, de permissibilidade da quebra é de ordem constitucional e jurisdicional, decisão judicial motivada.

Somente a autoridade judiciária pode decretar, em decisão motivada, a quebra de inviolabilidade do escritório de advocacia.

A decisão motivada é, na verdade, exigência constitucional dada pelo artigo 93, XI, da Constituição federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

O terceiro requisito é de ordem processual, exigência de mandado de busca e apreensão. Quanto aos detalhes será tratado em capítulo próprio.

O quarto requisito é de ordem procedimental, presença de representante da Ordem dos advogados do Brasil.

Note-se que em relação a exigência de comunicação prévia à Ordem dos advogados do Brasil contida no estatuto da advocacia antes da promulgação da Lei n. 11.767, de 7.8.2008, o Supremo Tribunal Federal³⁸¹, resolvendo questão de ordem suscitada na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.127/94 proposta pela Associação nacional dos magistrados brasileiros, suspendeu a eficácia da expressão constante do artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.906/94, “e acompanhada de representante da OAB”, o que, de fato, tornou-se à época dispensável a comunicação prévia quando a busca e apreensão em escritório de advocacia fosse determinada por autoridade judicial.

381 Relator Min. Marco Aurélio, j. 06.10.1994.

Segue a ementa deste julgado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da advocacia e a ordem dos advogados do Brasil. Dispositivos impugnados pela AMB. Prejudicado o pedido quanto à expressão “juizados especiais”, em razão da superveniência da lei 9.099/1995. Ação direta conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. II - A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público. III - A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. IV - A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. VIII - A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. IX - O múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável. X - O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense. XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição. XII - A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo. XIII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.”.

Então, data deste julgado, 06.10.1994, até a promulgação da Lei n. 11.767, em 7.8.2008, não havia previsão legal tanto de comunicação prévia à Ordem dos advogados do Brasil como de representante para execução de busca e apreensão em escritório de advocacia.

Nesse sentido, a jurisprudência³⁸² se consolidou:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Processual penal. Estelionatos. Advogado. Busca e apreensão de documentos em seu poder. Ausência de Representante da OAB na diligência. Ministério público. Oitiva de Testemunhas na fase pré-processual. Inexistência de ilegalidade. Precedentes do STJ. 1. Nos autos da ADIN n.º 1127/DF,

382 STJ, RHC n. 12.871/SP, relatora Min. Laurita Vaz, DJ 17.05.2004.

o Excelso Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária de 06/10/1994, concedeu liminar para suspender a eficácia, dentre outros dispositivos, da expressão “e acompanhada de representante da OAB” do art. 7º, inciso II, da Lei n.º 8.906/94. 2. *In casu*, mesmo sendo desnecessária a providência, foi a OAB informada acerca da busca e apreensão a ser realizada no escritório do advogado investigado, bem como foi solicitada a presença de um representante para acompanhá-la. A entidade, contudo, quedou-se inerte. A omissão em tela, frise-se, irrelevante, não poderia ter o condão de obstaculizar a ação policial determinada em sede cautelar pela Justiça. 3. Não há qualquer ilegalidade na realização de diligências patrocinadas pelo Ministério Público com vistas à formação da *opinio delicti*, como no caso, onde as vítimas dos estelionatos procuraram a Promotoria de Justiça para delatar os crimes e tiveram seus depoimentos colhidos nessa fase pré-processual. 4. Essa atuação no levantamento de subsídios indiciários não gera impedimento para que o mesmo membro ministerial ofereça, em um segundo momento, a denúncia e acompanhe a ação penal. 5. Recurso desprovido.”

Com advento da Lei n. 11.767, em 7.8.2008, houve introdução da expressão “cumprido na presença de representante da OAB” no parágrafo 6º do artigo 7º do estatuto do advogado.

Com efeito, não há imposição legal para comunicação prévia à Ordem dos Advogados do Brasil, a Autoridade policial pode requisitar no início do cumprimento da busca e apreensão em escritórios de advocacia, após a intimação de duas testemunhas para acompanhar o ato, a presença de representante desta natureza.

Note-se que a lei menciona apenas na presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil no momento do cumprimento do mandado construtivo.

Dessa forma, é respeitado o princípio basilar da investigação denominado compartimentação³⁸³ no momento em que não se impõe a prévia comunicação da diligência constritiva a órgão não policial, representativo do investigado.

Preserva com a nova adequação legal tanto a persecução penal como o respeito à representação do investigado.

5.4.1. Conteúdo do mandado judicial

O artigo 7º, § 6º, do estatuto da OAB exige, além dos requisitos estudados no artigo 243 do Código de Processo penal, mandado judicial específico e pormenorizado.

O mandado judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia

383 Define-se como aquele em que é respeitado o sigilo das informações da investigação e das diligências em andamento com o fim de proteger a eficiência na colheita futura de prova, pois, como é da natureza do ser humano, primado de experiência comum, ninguém quer ser preso ou condenado pela prática de crime, quando da ciência de diligências constritivas policiais, como a busca e apreensão. A experiência policial demonstra que a eliminação dos vestígios e destruição dos documentos são medidas comumente praticadas pelos investigados no decorrer da persecução criminal.

não pode ser genérico, muito menos vago, impreciso e lacunoso. Tem que ser específico, pormenorizado e detalhado.

Neste mandado, deve constar, expressamente, a indicação precisa do escritório de advocacia, local, bairro, identificação do número do imóvel, ou sala na qual desempenha a função de advogado dentro da empresa; os motivos e as finalidades da diligência como colheita de determinado documento ou elemento de convicção importante para a persecução criminal.

O Supremo Tribunal Federal³⁸⁴, de outro lado, tem afastado a exigência de mandado judicial específico quando o advogado, concomitante ao exercício profissional, utiliza o escritório de advocacia para outros fins ou exercício de atividade comercial.

“Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Desentranhamento das provas coligidas e apreendidas no escritório de advocacia do paciente. Extensão da empresa investigada. Mandado de busca e apreensão expedido por autoridade judicial competente. Possibilidade. 1. Restou demonstrado nos autos que o escritório de advocacia onde foram encontrados os documentos que ora se pretende o desentranhamento era utilizado pelo paciente, também, para o gerenciamento dos seus negócios comerciais. O sucesso da busca no escritório de advocacia comprova que, de fato, aquele local era utilizado como sede de negócios outros, além das atividades advocatícias. 2. É adequada a conduta dos policiais federais que estavam autorizados a cumprir os mandados de busca e apreensão, expedidos por autoridade judicial competente, “nas sedes das empresas”, com a finalidade de coletar provas relativas aos crimes investigados no inquérito. 3. Habeas corpus denegado.”.

Neste caso, foi levada à discussão, em sede de habeas corpus, à Alta corte, operação policial deflagrada pela Polícia Federal na cidade de Bagé, Rio Grande do Sul, a qual investigava a prática de crimes continuados de associação criminosa (CP, artigo 288), falsidade ideológica (CP, artigo 299) e descaminho (CP, artigo 334).

Nessa operação, foi descoberto escritório de advocacia próximo ao local dos fatos, o qual não constava especificamente no mandado. O mandado judicial especificou apenas dois endereços mencionando que deveria ser cumprido nesses endereços e “nas sedes das empresas”.

A Autoridade policial, que comandava a operação, entendeu que o escritório de advocacia, embora não constasse no mandado expressamente o endereço, era utilizado também como sede da empresa para praticar crimes relacionados ao objeto da investigação e determinou busca no local.

Durante a busca funcionários da empresa foram flagrados rasgando notas fiscais falsificadas e outros documentos relacionados à prática dos crimes também foram encontrados, restando certa a conclusão que o escritório de advocacia era também utilizado como sede da empresa.

384 HC 96.407/RS, relator Min. Dias Toffoli, DJ 27.05.2010.

O caso foi analisado também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região e pelo Superior Tribunal de Justiça³⁸⁵, ambos, em sede de habeas corpus, sendo considerada a decisão da Autoridade policial legal, com citação de diversos precedentes.

Firma-se, então, jurisprudência no sentido de possibilidade de mandado judicial genérico na hipótese de exercício de outras atividades concomitantes ao exercício da profissão de advogado em escritório de advocacia.

Caso ocorra, de outro lado, determinada irregularidade formal quanto aos motivos e finalidades na confecção do mandado judicial, não é crível tentar invalidar a legítima colheita de prova e o próprio elemento de convicção localizado no escritório de advocacia, alegando a teoria americana dos frutos da árvore envenenada por derivação, haja vista que essa irregularidade é sanável.

Não se pode permitir, em nítida ofensa a verdade material, que mero descumprimento de aspecto formal sirva de argumento para afastar a colheita de prova cabal elucidativa da prática de crime.

Nesse caso, é sopesado, de um lado, o dever do Estado de elucidar a prática do crime e, de outro, a inviolabilidade de domicílio para, ao final, determinar qual na escala axiológica deva prevalecer diante do caso concreto.

O anteprojeto do Código de Processo civil recentemente apresentado pela comissão de juristas, presidida à época pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, previa no capítulo do “Das Disposições gerais”, parágrafo único do artigo 257 do projeto do novo CPC, a seguinte redação: “a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”.

Esse projeto de preceito legal, embora pertencente ao processo civil, traduz a postura de ponderação, proporcionalidade e razoabilidade frente à análise do conteúdo do mandado de busca e apreensão como verdadeiro princípio geral de direito (CPP, artigo 3º).

5.4.2. Do modo de execução

O modo como deve ser executado o mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia não difere de outras formas realizadas às demais pessoas.

Deve ser executado o mandado construtivo pelos policiais com respeito, urbanidade e descrição.

Se o local não demandar perigo à integridade física dos policiais, das testemunhas e do próprio advogado, circunstância que deve ser constatada em prévia diligência velada à execução da busca e, posteriormente, sopesada durante o cumprimento do mandado, não há necessidade dos policiais utilizarem roupa

385 HC n. 88.532/RS, relator Min. Napoleão de Barros, j. 21.08.2008. DJ 15.09.2008.

ostensiva e armamento pesado como submetralhadoras, espingarda calibre 12 entre outras congêneres. Basta o vestuário padrão da corporação e as armas de uso pessoal.

No entanto, se em diligência velada ou mesmo durante a execução for constatado perigo a integridade física dos policiais, das testemunhas e do próprio investigado, a utilização de armamento de maior envergadura se faz obrigatório.

Antes do início, a Autoridade policial deve requisitar a presença de duas testemunhas para acompanhar a diligência.

Deve-se também, como analisado no tópico deste capítulo, proceder a requisição de representante à Ordem dos Advogados do Brasil.

Presentes as testemunhas e o representante da Ordem dos Advogados do Brasil, inicia-se a leitura do mandado judicial na presença de todos.

Se o representante da OAB não aparecer, a Autoridade policial deve, diante das circunstâncias fáticas (local de busca, periculosidade, integridade física dos policiais, testemunhas e investigado) esperar por tempo razoável. Após, confirmada a ausência do representante, certificar no verso do mandado e dar cumprimento à ordem judicial.

Iniciada a busca, feita de modo detalhado setor por setor do escritório, com o fim de procurar os objetos e documentos relacionados à finalidade da investigação, se houver resistência do investigado ou de terceiro para abrir determinada gaveta, porta ou cofre, a Autoridade policial pode determinar o uso de força contra coisas e pessoas para descobrir o que se procura (CPP, artigo 245, §3º).

Ocorrendo este incidente de busca, deve-se lavrar certidão no verso dos autos ou constá-lo em relatório sucinto no término do auto.

Em relação a existência de cofre, é prudente a Autoridade policial requisitar a presença de chaveiro para abertura do cofre paga às expensas do Estado, cuja indenização poderá ser exigida em direito de regresso na área cível.

Localizados os documentos, serão detalhados em auto circunstanciado de busca e apreensão.

No final da diligência, deve constar no rosto do mandado a ciência do investigado e do representante, se presentes, e, facultativamente, das testemunhas para comprovar a fidedignidade do ato.

Ressalta-se que é permitido a execução da diligência diante da ausência do investigado (CPP, artigo 245, § 4º). Indispensável é a presença das testemunhas e a prova de requisição do representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os incidentes, destarte, devem estar certificados no mandado ou descritos em relatório constante do auto circunstanciado (CPP, artigo 245, § 7º).

Os demais incidentes de busca e apreensão como ações violentas de terceiros contra o cumprimento do ato; mal súbito de testemunhas, investigado,

representante ou policiais; destruição ou ocultação de provas pelo investigado, devem ser decididos pela Autoridade policial que estiver comandando a busca e, se cumprida pelos policiais, comunicada à Autoridade policial para as providências legais.

5.4.3 Da busca e apreensão de documentos em escritório de advocacia

A busca e apreensão em escritório de advocacia têm que se restringir à colheita de elementos probatórios que constituam prova material ou elemento de corpo delito relacionados aos crimes investigados, conforme as finalidades especificadas no mandado de busca e apreensão.

Na verdade, as finalidades da busca e apreensão constantes no mandado têm que reproduzir, fielmente, o objeto da investigação.

A Autoridade policial deve verificar, portanto, a redação do mandado construtivo feito pelo diretor de secretaria antes de dar início à diligência para não causar transtornos no decorrer da persecução.

Se a redação do mandado não estiver de acordo com o objeto da investigação, cuja representação se encontra deferida pelo Juiz, a Autoridade policial tem o dever de postular pela correção do instrumento.

Esse entendimento é firmado diante a interpretação do artigo 243, inciso II, do CPP c.c. com o artigo 7º, §6º, da Lei n.8.906/94.

Destarte, iniciada a busca, o mandado é o instrumento que ampara as ações policiais, as quais restringem a liberdade do investigado. Caso seja apreendido algum documento que não esteja vinculado à investigação, descrita no mandado, pode haver contestação por parte da defesa técnica e do próprio investigado e resultar em transtorno ao bom andamento dos trabalhos policiais.

O Estatuto do advogado, de outro lado, protege os documentos, as mídias e os objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado e outros instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

A busca deve pautar apenas pelos documentos, objetos e instrumentos relacionados ao objeto da investigação.

Se na investigação são investigados o advogado e o juiz, que exija vantagem econômica indevida para conceder liminar em determinada matéria de direito para favorecimento de terceiro, cliente desse advogado, o que vulgarmente é conhecida como “venda de sentença”, pode ser, no entanto, tipificado como concussão, se caracterizado, o núcleo do tipo penal previsto no artigo 316 do Código penal: exigir; ou corrupção passiva conforme o artigo 317 do Código penal, se solicitar ou receber determinada vantagem ou aceitar promessa de tal vantagem.

Nessa hipótese, a busca determinada no escritório de advocacia está

vinculada apenas aos documentos existentes entre o advogado, o cliente e o juiz que concedeu a indevida liminar, mesmo que esses documentos fossem, por força de raciocínio, astuciosamente escondidos em outra pasta, de outros clientes que, de fato, não tenham qualquer relação com a investigação. Deverá, no caso, a Autoridade policial apreender apenas o documento encontrado em pasta diversa.

Essa deve ser a interpretação dada à parte final do artigo 7º, § 6º, da Lei n. 8.906/94 para resguardar, de um lado, a persecução penal e, de outro, proteger garantias fundamentais de terceiro à investigação.

Outra discussão levantada nas diligências de busca, as cartas não abertas encontradas no escritório relacionadas às finalidades do mandado. Se as cartas fechadas, cujos destinatários ou remetentes referem-se à pessoa investigada, é intuitiva a licitude de abertura para análise do conteúdo, representa, de fato, consequência lógica da medida solicitada.

A decisão judicial de busca e apreensão em escritório de advocacia supre a necessidade de ordem específica para abertura desse documento, excesso de formalismo.

No entanto, se nas cartas fechadas constam como destinatários e remetentes pessoas diversas da investigação, a Autoridade policial pode apreender, mas deverá apresentar representação ao Juiz, demonstrando a necessidade de análise do conteúdo mediante a vinculação desta carta com a linha investigativa.

Essa interpretação decorre da garantia constitucional do sigilo das correspondências firmada no artigo 5º, inciso XII, primeira figura, da Constituição Federal.

Como terceiros à investigação não foram objeto da decisão judicial que concedeu a busca e apreensão, a ordem judicial é necessária à legalidade do ato.

5.4.3. Da busca pessoal em escritório de advocacia

É possível a busca pessoal durante o cumprimento de busca e apreensão realizada em escritório de advocacia para descobrir os elementos de convicção necessários à investigação, descritos no mandado (CPP, artigo 244).

Se pode o mais que entrar, mediante autorização judicial, no escritório de advocacia, pode o menos, busca pessoal no investigado, funcionários e pessoas que se encontram no local da diligência.

Durante a busca, pode ocorrer ocultação de documentos em bolsas pessoais do investigado ou de seus funcionários relacionados à persecução criminal. Pode ocorrer tentativa de destruição de objetos e documentos indispensáveis à comprovação de materialidade ou individualização de conduta criminosa.

Ao longo de anos de exercício da atividade policial, constatou-se o lançamento de mídia de computador, contendo todas as transações ilegais,

pela janela de escritório situado em elevado andar de edifício; ocultação de documentos em baixo de calça e camisa; ocultação de agendas em bolsas de funcionários; ocultação de mídia portátil (pendrive) em vaso de planta entre outras peripécias bem articuladas engendradas pelos investigados.

5.4.4. Da busca sem mandado judicial em escritório de advocacia

Os advogados tentam rechaçar a possibilidade de busca e apreensão em escritório de advocacia alegando como argumento as exigências do Estatuto da Ordem contidas no artigo 7º, § 6º, bem demonstradas nos capítulos anteriores.

Todo arcabouço legislativo vigente no Estado brasileiro tem aplicabilidade imediata não só aos advogados, mas a todos os cidadãos.

O advogado não detém, por natureza, intrínsecas qualidades que o diferenciam das demais profissões para justificar aplicação do princípio da igualdade, o qual impõe, em sua essência, tratamento desigual na medida da desigualdade constatada.

A profissão do advogado é tão importante quanto à do médico, engenheiro, veterinário, fisioterapeuta entre outras diversas existentes na sociedade moderna.

A análise do caso deve partir da interpretação do artigo 150, § 3º, inciso II, do Código Penal: “não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.”.

Este artigo, na verdade, retrata a hipótese do estado de flagrância.

De acordo com o artigo 301 do CPP, qualquer do povo poderá e a Autoridade policial e seus agentes deverão prender em flagrante quem quer que se encontre nessa situação (Tourinho Filho, 1997):

- I. Está cometendo a infração penal (flagrante próprio);
- II. Acaba de cometê-la (flagrante impróprio);
- III. É perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que se faça presumir ser o autor da infração (flagrante presumido);
- IV. É encontrado, logo após, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração penal (quase-flagrante).

Se o estado de flagrância, seja qual for a espécie, estiver demonstrado, em fundadas razões, não só a Autoridade policial como qualquer do povo poderá efetuar, durante o dia ou à noite, a prisão em flagrante do advogado ou de qualquer pessoa que estiver, nas hipóteses detalhadas, cometendo o crime dentro do escritório de advocacia.

Nos crimes instantâneos, aqueles em que se pratica o crime com a realização de único ato, como representados pelo núcleo do tipo penal, desferir, ofender,

solicitar, aceitar; existe, na prática, certa dificuldade de demonstrar as fundadas razões na persecução criminal a ponto de romper a violabilidade do escritório, a menos que haja interceptação telefônica e de dados, autorizada pelo juiz, e monitoramento policial (vigilância pessoal e escuta ambiental) a justificar os pressupostos da medida para comprovação da instantaneidade jurídica do ato criminoso.

De outro lado, nos crimes denominados pela doutrina como permanentes³⁸⁶, os pressupostos legais da medida, fundadas razões, são mais fáceis de serem comprovados na investigação criminal a ponto de legitimar a ação policial sem necessidade de autorização judicial ou anuência do advogado, dono do escritório, como, de fato, ocorrem nos crimes de tráfico de drogas na modalidade transportar. Guardar, ter em depósito (lei 11.343/06, artigo 33) lavagem de dinheiro, modalidade ocultação e integração (Lei n. 9.613/96, artigo 1º, caput), extorsão mediante sequestro (CP, artigo 159), sequestro ou cárcere privado (CP, artigo 148), redução análoga a escravo (CP, artigo 149), hipóteses em que a ofensa ao bem juridicamente tutelado se protraí no tempo, no caso, respectivamente, administração pública e liberdade de locomoção.

Enquanto durar a ofensa, é possível a prisão em flagrante (CPP, artigos 4º, 6º. c.c. 301).

Nesse sentido, jurisprudência consolidada³⁸⁷:

“HABEAS CORPUS”. Invasão de domicílio para realização do flagrante. Nulidade. Art. 5., XI, CF. Cerceamento de defesa, por falta de indagação se o paciente era dependente de drogas, art. 22, par. 5., da Lei n. 6.368/76. Vício de depoimentos de testemunhas, idênticos em seus termos. Legitimidade do flagrante. Infração permanente. Estado de flagrância caracterizado, o que afasta a exigência de mandado judicial, art. 5., XI, CF. Omissão da indagação prevista no artigo 22, par. 5., da Lei 6.368/76. Nulidade inexistente. Ausência de indícios de que a paciente seja dependente do uso de drogas. Cerceamento de defesa não caracterizado. Precedentes do STF: HC 68.980, HC 69.995, HC 61.716, RHC 61.716, HC 70.268, HC 69.733, HC 65.786, HC 68.915, HC 68.516, HC60.478, HC 65.438, HC 64.237. Inexistência de oportuna impugnação da defesa. Matéria preclusa. Ausência de vício na forma como foram reduzidos a termo os depoimentos, observada a mesma ordem das indagações. Inexistência de objeções da defesa, na oportunidade. Prática que não vicia o ato judicial ou o conteúdo dos depoimentos, Inexistência de prejuízo. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de “habeas corpus”.

O escritório de advocacia deve ser respeitado como exercício profissional livre e necessário ao exercício de justiça no Estado democrático de direito, conforme texto constitucional previsto no artigo 133, cuja redação assevera: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei”.

386 Op.cit. p.10.

387 STF, HC 70.909/SP, relator Min. Paulo Brossard, j. 11.10.1994.

Não detém, entretanto, imunidade para praticar ou fomentar crimes, fazendo de seu escritório sede de atividades criminosas.

Nesse sentido, o Tribunal Federal Regional da 2ª região³⁸⁸ já assentou que o direito à inviolabilidade do escritório de advocacia há de ser interpretado restritivamente. Essa prerrogativa não pode representar imunidade do advogado para a prática de crimes, a ocultação de provas ou o favorecimento de criminosos.

5.4.5. Da entrada noturna em escritório de advocacia

A investigação criminal serve de base para o legítimo exercício do poder-dever do Estado de punir aqueles que cometem crimes, sendo o inquérito policial o único instrumento hábil à consecução desta finalidade.

Finalidade precípua do Estado, principalmente, quando se trata de crimes graves e cometidos pela criminalidade organizada.

Atento ao poder-dever do Estado de reprimir a criminalidade, principalmente, a organizada, o Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudência em defesa dessa obrigação estatal quando julgou o *lending case* (*hurricane operation*) em operação conduzida pela Polícia federal denominada “operação furacão”, que investigou corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro com envolvimento de juízes e ministros de tribunais superiores e advogados na concessão de sentenças e acórdãos que favoreciam organizações criminosas, que exploravam atividade de jogos ilegais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal³⁸⁹ analisou delicada questão relativa à entrada noturna em escritório de advocacia para efetiva aplicação de técnicas especiais de investigação.

“Sigilo do advogado não existe para protegê-lo quando cometa crime, mas proteger seu cliente, que tem direito à ampla defesa, não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório no único reduto inexpugnável de criminalidade. Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a *ratio* constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-

388 *In*: RMS. n.19.244/RJ, STJ, relator Min.Gilson Dipp, j. 08.11.2005.

389 Inquérito 2.424, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 19 e 20.11.08, Informativo 529-STF.

jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública.”

Embora haja concordância quanto a essência dessa decisão judicial e de seus efeitos para o combate à criminalidade, principalmente, organizada, esse tema é extremamente lacunoso, pois não existe previsão constitucional literal para a entrada noturna uma vez que o texto constitucional é expresso “durante o dia”.

Esse julgado interpretou, de forma sistemática, os valores constantes na Constituição federal. Na essência, dois: inviolabilidade do domicílio e repressão ao crime organizado; sendo, ao final, decidida pela Alta corte a permissão do uso de técnica policial, entrada noturna, para a descoberta de elementos de convicção indispensáveis à persecução criminal.

Não foram encontradas na jurisprudência outras decisões judiciais que dão amparo a medida, o que, de fato, não retira o peso do julgado, cujo relator, aliás, é o atual presidente da Suprema Corte.

6. CONCLUSÃO

Neste ensaio, foi enfrentada a questão da inviolabilidade do escritório de advocacia durante a persecução criminal e, nesse sentido, foram levantadas determinadas hipóteses constatadas durante a atividade policial, as quais revelam premissas para o aprofundamento do tema consistente na indispensabilidade do exercício da profissão de advogado para a administração da justiça e, por conseguinte, na proteção ao desempenho de suas funções como incomunicabilidade das conversas com o cliente e no local de trabalho.

Esta inviolabilidade, neste contexto, é garantia constitucional dada ao domicílio, o que atinge todos os escritórios de todas as profissões. Com efeito, existe um reforço de ordem constitucional à banca de advocacia em respeito ao preponderante desempenho da função de advogado.

O advogado, destarte, é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável, como regra, além do lugar de trabalho, os atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados entre outras legislações regentes quanto aos procedimentos administrativos, judiciais e policiais como Código de Processo civil, Código de Processo penal).

O policial, de outro lado, é indispensável para manter a segurança pública e para prevenção e repressão à criminalidade, principalmente, organizada e transnacional.

A investigação, nesta seara, é a forma utilizada pelos órgãos policiais para alcançar os objetivos da repressão mediante colheita com qualidade de prova, tanto da materialidade delitiva quanto da identificação e individualização de conduta.

A busca e apreensão, um dos meios utilizado nesta persecução, são institutos autônomos com conceitos, espécies e naturezas distintas.

Esses institutos são técnicas policiais empreendidas na investigação criminal como medida de exceção para afastar a inviolabilidade de acesso aos escritórios de advocacia e garantir a colheita dos elementos de convicção nas hipóteses em que o advogado, comprovados os indícios veementes, quebra o pacto de confiança com a sociedade sobre o papel social e constitucional que deve desempenhar no exercício da profissão e comete crimes na qualidade de autor, coautor, partícipe, seja em concurso, associação ou organização criminosa.

O cumprimento de mandado de busca e apreensão deve ser precedido de requisição de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, além de duas testemunhas. A requisição do representante da Ordem dos Advogados do Brasil é indispensável, mas, diante de omissão injustificada no escritório de advocacia, a busca e apreensão devem ser realizadas.

Ressalta-se, portanto, que a omissão injustificada do representante do OAB não tem o condão de procrastinar a diligência policial. A comunicação inequívoca é obrigatória, já a presença do representante é, em tese, um múnus público desta autarquia especial.

Deve-se ter a cautela também de que a requisição de duas testemunhas e, por conseguinte, a presença durante todo o procedimento é indispensável à validade da busca e apreensão. A ausência de presença de testemunha caracteriza nulidade de natureza relativa, deve ser alegada em tempo oportuno pela defesa técnica sob pena de sofrer preclusão nos termos dos artigos 564, inciso IV, c.c. 571, inciso II e 572, inciso I, todos do Código de Processo penal

Ponto de extrema relevância é que o mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia deve ser específico, ou seja, conter conteúdo detalhado e pormenorizado constando em relação aos motivos e finalidades das medidas.

Não obstante, se no escritório de advocacia for exercida atividade diversa concomitante à profissão advocatícia, admite-se, conforme jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, mandado genérico.

A ausência de conteúdo específico em mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia representa nulidade de natureza relativa, deve ser alegada também em tempo oportuno pela defesa técnica sob pena de sofrer preclusão nos termos dos artigos 564, inciso IV, c.c. 571, inciso II e 572, inciso I, todos do Código de Processo penal.

A diligência de constrição em escritório de advocacia deve ser cumprida de forma urbana, discreta e detalhada.

A Autoridade policial deve usar armamento longo e vestuário ostensivo se o local, onde for feita a busca, ou as pessoas, que nele estiverem, colocarem em perigo os policiais, as testemunhas, o representante da OAB ou o próprio investigado.

É lícito o uso de força policial para suplantar resistência oferecida por terceiro ou pelo advogado investigado no cumprimento da persecução criminal em escritório de advocacia; ou para superar o obstáculo na descoberta dos elementos de convicção caso não haja colaboração por parte de terceiro ou investigado.

A Autoridade policial tem discricionariedade de decidir as causas incidentais de busca e apreensão durante a persecução criminal.

Com efeito, a busca pessoal é técnica de investigação utilizada também durante a busca em escritório de advocacia para colheita de elementos de convicção.

É lícito o afastamento de inviolabilidade do escritório de advocacia na hipótese de fundadas razões de prática de crime sem mandado judicial.

A prisão em flagrante, então, tem o poder, em todas as espécies analisadas, de quebrar a inviolabilidade dos escritórios de advocacia, sendo certo que nas hipóteses de crime permanente o cumprimento pode ocorrer tanto durante o dia como à noite.

A prisão em flagrante é possível nos crimes instantâneos ou instantâneos com efeito permanente em escritório de advocacia durante o dia ou à noite desde que haja prévia interceptação telefônica e telemática ou monitoramento do local (vigilância pessoal e escuta ambiental) com o fim de demonstrar as fundadas razões da instantaneidade jurídica do crime e flagrar o cometimento do delito.

A natureza da inviolabilidade do escritório de advocacia, apesar da relevante densidade constitucional, é relativa na medida em que pode ser afastada também pelo consentimento do próprio advogado, responsável pelo escritório. Ressalta-se que este consentimento não será válido se for dado pelo advogado empregado, associado ou prestador de serviço.

A entrada noturna em escritório de advocacia, fora das hipóteses de flagrante, é permitida, mediante autorização judicial, em escritório de advocacia no contexto de organização criminosa pelo Supremo Tribunal Federal dada a interpretação sistemática da Constituição federal ao analisar os dois valores (a inviolabilidade de domicílio e a repressão à criminalidade organizada).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- ARAÚJO, José Osterno Campos. Verdade processual penal – limitações à prova. Curitiba: Juruá, 2008.
- Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Coordenação Alberto Alberto Silva Franco; Rui Stoco. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1999.
- Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho e 2003. Julio Fabrinini Mirabete -11ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 2a ed. Saraiva: São Paulo, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BUENO, Silveira. Minidicionário da Língua portuguesa. São Paulo: FTG, 2001.
- CAETANO, Marcello. História do Direito Português. Lisboa: Verbo, 1981.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. Princípios de Cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul. São Paulo: RT, 2000.
- CORREIA, Alexandre; SIASCHC, Gaetano. Manual de Direito Romano. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal. Campinas: Millennium, 2008.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário jurídico. 2ª Ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1967.
- FERRO JÚNIOR, Celso Moreira. A tecnologia na investigação criminal. Revista Phoenix, Brasília: ed. especial VII, ano III, out./dez. 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal – a nova parte geral. Revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do Mandado de Busca e Apreensão - requisitos e controle da atividade policial. Revista dos Tribunais, v. 844, ano 95, 006.
- GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. (1)
- _____. Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.
- MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1954, v. I.
- _____. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1956, v. II.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. São Paulo: Atlas, 2007.
- MATOS, Blanche Maymone Pontes. Crime organizado: considerações acerca de

- sua definição e dos meios operacionais de investigação e prova disciplinados pela lei específica. 12/04/2002. Infojus. Disponível em: <http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1366&>. Acesso em: 08/02/2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: RT, 2006.
- _____. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. Curso de processo penal. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal – teoria, crítica e práxis. Niterói: Impetus, 2008.
- _____. Princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PELLEGRINI, Carlos Eduardo. I Congresso dos Delegados de Polícia Federal no Estado de São Paulo. Segurança Pública. 2008.
- _____. Corrupção e Lavagem de Dinheiro Público. in Revista Criminal: ensaios sobre a atividade policial, vol. 1. São Paulo: Fiuza, 2007.
- _____. Princípios fundamentais da investigação criminal in Revista Criminal: ensaios sobre a atividade policial, vol. 4. São Paulo: Fiuza, 2008.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da Busca e da Apreensão no processo Penal. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora dos tribunais, 2005.
- PORTO, Roberto. Crime organizado e sistema prisional. São Paulo: Atlas, 2007.
- ROCHA, Luis Carlos. Manual do delegado de polícia: procedimentos policiais. Bauru, SP. EDIPRO, 2002.
- SANCTIS, Fausto Martins de. Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática. Millennium: Campinas, 2008.
- SCHOTT, Paul Allan. Guia de Referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo. 2. ed. BIRD/Banco Mundial, abril de 2005.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito processual penal. São Paulo: Atlas, 2007.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. 7ª tir.: São Paulo: Saraiva, 2000.
- TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo, 2002.
- TORINHO FILHO, Fernando da Costa. Curso de processo penal. 19. ed. v.3. Saraiva: São Paulo, 1997.
- TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 10 ed. v. 1 Saraiva: São Paulo, 1997.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. I Congresso de Processo Penal – Memórias. Ed Almedina, 2005.
- ZACCARIOTTO, José Pedro. A Polícia Judiciária no Estado Democrático. : Sorocaba: Brazilian Books, 2005.
- ZIEGLER, Jean. Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.

Capítulo XIV

A BUSCA E APREENSÃO NO CURSO DE INVESTIGAÇÕES DE CRIMES FINANCEIROS: ASPECTOS PRÁTICOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR

Tácio Muzzi³⁹⁰

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo expor aspectos práticos relacionados à efetivação de busca e apreensão no curso de investigações envolvendo crimes financeiros.

Salienta-se a importância da discussão, em razão de peculiaridades relacionadas à repressão aos denominados *crimes do colarinho branco*. Objetiva-se, assim, propiciar maior eficiência na produção de provas, assim como resguardar os policiais participantes das diligências e, também, os investigados.

2. FUNDAMENTOS LEGAIS

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) garante a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), excepcionando expressamente as hipóteses em que a entrada em “casa”³⁹¹ alheia, **sem o consentimento do morador**, se mostra lícita,

390 Delegado de Polícia Federal, atual chefe da Delegacia de Repressão à Corrupção e Crimes Financeiros no Estado do Rio de Janeiro (DELECOR/RJ). Doutor e Mestre em Direito Empresarial/UFMG. Professor da Academia Nacional de Polícia e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Ex-procurador do BACEN.

391 No Direito, o conceito de ‘casa’ é mais amplo do que aquele usualmente conhecido (residência de determinada pessoa). O Código Penal, nos §§ 4º e 5º, do art. 150, traz disposições objetivas no seguinte sentido:

§ 4º - A expressão «casa» compreende:

a saber, em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por força de mandado judicial,

Por conta do objeto deste estudo, interessa analisar aspectos relacionados à solicitação e ao cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão, medida bem usual em investigações criminais envolvendo crimes financeiros.³⁹²

Nesse sentido, cabe dizer que a medida de busca e apreensão é disciplinada essencialmente pelos arts. 240 a 250 do Código de Processo Penal (CPP). No âmbito das investigações de crimes financeiros, tal medida será utilizada sobretudo para: **robustecer os elementos de prova já coligidos no inquérito policial; apreensão de instrumentos utilizados na prática do crime; e, ressalte-se, localização de bens, direitos ou valores obtidos com a prática do crime** (art. 240, § 1º, ‘b’, ‘d’, ‘e’, ‘f’, ‘h’ do CPP).

Em relação a esse último aspecto, tendo em vista que a **motivação** dos crimes financeiros, de forma quase unânime, é a **obtenção de vantagens financeiras e patrimoniais ilícitas**, a investigação de *crimes do colarinho branco* deverá ter um enfoque *patrimonialista*, concentrando esforços na *descapitalização dos criminosos* (SOUZA *et al*, 2015, p. 81).

Em razão disso, é fundamental que a diligência de busca e apreensão também seja *arquitetada* como instrumento de **construção do patrimônio do criminoso**, seja para concomitantemente efetuar sequestro de bens mediante requisição judicial, seja para colher elementos para solicitar essa medida *a posteriori*.

Como base legal para as medidas assecuratórias, além do disposto nos arts. 125 a 144 do CPP (que contempla, além do sequestro, o arresto e a hipoteca legal), também será de grande valia verificar se o caso concreto não permite a aplicação do art. 4º da Lei 9.613, de 1998 (Lei de lavagem de dinheiro) e também do Decreto-lei 3.240, de 1941, que permite o sequestro amplo de “*bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública*”.³⁹³

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

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

§ 5º - Não se compreendem na expressão «casa»:

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

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

392 Embora não se vá abordar o tema neste artigo, não se deve descartar a possibilidade **excepcional** de entrada sem mandado para efetivar **prisão em flagrante delito** mesmo em crimes com tal enfoque. No entanto, pela usual sensibilidade dos casos, recomenda-se, por cautela, a solicitação de autorização judicial. A título de exemplo, cita-se a prisão em flagrante delito pela prática do crime de lavagem de dinheiro de ex-chefe de polícia Civil do Rio de Janeiro, à época deputado estadual, no âmbito da ‘**Operação Segurança Pública S.A.**’, deflagrada em 2008 pela Polícia Federal, em que tal prudência (mandado de busca) foi adotada.

393 Registre-se que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado de

3. ASPECTOS PRÁTICOS

3.1 Levantamentos prévios e pedidos de busca e apreensão

Apesar de a base legal e o requerimento de busca e apreensão nas investigações de crimes financeiros serem, de forma geral, semelhantes aos aplicáveis às demais apurações, entende-se que a adoção de providências adicionais por parte da autoridade policial trará resultados mais efetivos.

Assim, no que diz respeito aos **levantamentos prévios dos alvos**, é fundamental que também se apure a **situação patrimonial dos investigados**, por meio de consulta aos bancos de dados e, também, com a realização de diligência *in loco*.

Quanto a esse último aspecto, especial cuidado deve ser reservado às diligências de campo envolvendo os investigados (vigilância, levantamento de endereços etc), no sentido de fotografar, **sempre**, os bens utilizados por esses, **estejam registrados em seu nome ou de terceiros** (imóveis em que residem ou tenham vínculo profissional, veículos, aviões, helicópteros, barcos por eles utilizados etc).

Tais informações conferirão substratos para que a autoridade policial solicite medidas assecuratórias concomitantemente ao requerimento de mandado de busca e apreensão. Da mesma forma, dependendo da circunstância, esses registros servirão como prova para indiciamento ou instauração de investigação complementar para apurar a prática do crime de lavagem de dinheiro.

Ressalte-se que para uma investigação patrimonial ser bem-sucedida, a prévia quebra do sigilo fiscal é essencial, uma vez que por meio de tal medida os investigadores terão informações sobre a evolução patrimonial e bens atuais dos alvos, possibilitando que medidas assecuratórias sejam pleiteadas. No mesmo sentido, é fundamental ter conhecimento do **patrimônio oficialmente declarado** para se provar eventual *ocultação* ou *dissimulação* da disposição ou propriedade de bens, direitos ou valores do investigado, com o consequente enquadramento pelo crime de lavagem de dinheiro.

Em relação ao pedido de busca e apreensão propriamente, a principal observação que se faz é sempre solicitar à autoridade judicial o **prévio afastamento do sigilo de dados bancários, fiscais, telefônicos e telemáticos dos documentos/equipamentos (computadores, mídias, celulares, etc) que serão arrecadados**, a fim de evitar posteriores questionamentos ou óbices para a rápida análise do material apreendido.

Outra ressalva importante: caso a representação seja feita no âmbito de

que o Decreto-lei 3.240, de 1941, continua em vigor, não tendo sido revogado pelo CPP (STJ, 6ª Turma, REsp 132539, Rel. Min. William Patterson, 01.12.1997).

operação policial em que se pretenda cumprir concomitantemente mandados em desfavor de diversos investigados, é salutar solicitar ao juízo competente que os **mandados sejam expedidos de forma individualizada**, evitando-se a citação de mais de um endereço ou alvo de prisão em um mesmo mandado, a fim de não prejudicar a deflagração.

Da mesma forma, mesmo no caso em que a prisão cautelar é a principal medida a ser pleiteada, por não ser necessário robustecer as provas propriamente (ex., denúncia já ajuizada com material probatório suficiente), recomenda-se enfaticamente solicitar também a expedição de mandado de busca para o endereço usual do alvo, a fim de que a equipe possa realizar a prisão no interior do seu domicílio no momento da deflagração da operação policial, sem depender da *boa vontade* do investigado (art. 240, § 1º, ‘a’ c/c art. 283, § 2º do CPP).

3.2 Execução dos mandados de busca e apreensão

Uma vez obtidos os mandados de busca e apreensão, cumpre executar a diligência que, sem dúvida, é uma das mais sensíveis no curso da investigação criminal.

Antes do cumprimento, entende-se essencial a elaboração de **ficha individualizada dos alvos**, sobretudo quando equipes diferentes - e, muitas vezes, sem participação direta na investigação - irão cumprir diversos mandados concomitantemente, a fim de que a medida seja realizada da forma mais precisa possível. Tais fichas deverão conter detalhes da investigação e os principais dados do investigado, incluindo situação patrimonial e eventual risco da diligência (ex., alvo proprietário de arma (s), endereço próximo a área de risco etc).

Da mesma forma, sugere-se enfaticamente que sejam colocadas informações precisas sobre “**o que buscar**” (v.g, valores em espécie somente acima de um determinado valor; computadores portáteis etc) e também “**o que não buscar**” (v.g., joias e obras de artes, a não ser que em quantidade anormal; veículos abaixo de um certo valor etc), a fim de evitar arrecadações/apreensões inúteis.

Ainda em relação à **ficha de alvo**, é importante destacar a situação patrimonial do investigado, notadamente quando a busca envolver a localização e/ou ocultação de bens. Nesse ponto, é essencial que se consigne em tal documento situações identificadas no âmbito de trabalho de inteligência ou levantamentos de campo. A título de exemplo, cita-se operação em que se captou áudio dando conta que investigado escondia todo o dinheiro de *propina* dentro de calçados no armário da esposa. A confirmação dessa situação no curso da busca, inclusive com registro fotográfico, foi essencial para a condenação do réu.

Planejada a deflagração, cumpre executá-la.

Por força do art. 5º, XI da CRFB/88, os mandados de busca e apreensão somente poderão ser cumpridos durante o ‘dia’, salvo se houver autorização

expressa do morador ou houver situação de flagrante delito. Embora não haja conceito normativo do que vem a ser ‘dia’, mantém-se o conceito tradicional, no sentido de compreender o espaço de tempo entre as 6 e as 18 horas. Detalhe importante: na hipótese de cumprimento de mandados de busca em Estados diversos, é fundamental atentar-se para eventuais diferenças de fusos horários, bem como o efetivo horário em que o sol está nascendo no local (v.g., no inverno, há cidades do Sul em o sol nasce após às 7h), para assegurar o cumprimento concomitante das medidas.

Situação comum na deflagração de operações policiais é a identificação, no curso da execução de novos endereços dos investigados (diversos dos constantes nos mandados judiciais). Nessa hipótese, além de imediatamente comunicar a situação à coordenação para que seja viabilizado novo mandado, **vale sempre solicitar ao morador/investigado autorização expressa para a entrada dos policiais**. Cabe registrar que comumente tal tentativa é bem-sucedida, evitando trabalho inútil por parte da polícia e do judiciário, bem como exposição desnecessária dos envolvidos (ex., permanência de equipe ostensiva resguardando o local enquanto a medida não é deferida). Por óbvio, a autorização deve ser formalmente documentada, preferencialmente com a participação de testemunhas presenciais.

Cabe dizer que o cumprimento do mandado de busca e apreensão deve ser acompanhado por *duas testemunhas presenciais* (art. 245, § 7º do CPP), sendo praxe na Polícia Federal arrolar pessoas que se encontram no local (diversas dos membros da equipe), convocadas para o exercício desse *mínus* público no momento da busca.

Pelo fato das investigações de crimes financeiros envolverem com frequência pessoas com alto poder aquisitivo e grande exposição na mídia, algumas cautelas devem ser observadas ao se nomear as testemunhas. A primeira é proibir expressamente qualquer registro fotográfico e exigir sigilo da diligência, para resguardar a intimidade dos moradores. A segunda, cabível em relação a pessoas com potencial vulnerabilidade a crimes patrimoniais (altíssimo poder aquisitivo, com possibilidade de possuir na residência/escritório consideráveis recursos em espécie e bens de grande valor), sugere-se a convocação de pessoas que guardem algum vínculo com o local (vizinhos ou funcionários), caso viável essa providência.

Iniciada a busca, recomenda-se que o chefe de equipe estabeleça procedimento padronizado para a *varredura* cômodo a cômodo, com o objetivo de evitar a repetição de trabalho ou que locais deixem de ser vistoriados. Como a praxe é a convocação de duas testemunhas presenciais, entende-se que a equipe deve se dividir em, no máximo, dois grupos, a fim de que pelo menos uma das testemunhas esteja sempre presente no local em que se efetua a busca.

Providência salutar no momento da busca é sempre discriminar o local (cômodo ou sala/setor, no caso de empresas) em que os documentos/objetos foram arrecadados. Em alguns casos, sobretudo quando o crime é praticado por intermédio de uma pessoa jurídica (*crimes societários*), tal descrição é fundamental para delimitar autoria, uma vez que pode haver diversos investigados residindo ou trabalhando em um mesmo local. Para viabilizar tal providência, é importante que o auto de arrecadação/apreensão possua campo específico para essa informação.

Também se propõe que, ao entrar na residência que será alvo da busca, proceda-se à imediata identificação dos veículos utilizados pelo investigado (pedir ajuda ao porteiro, funcionários e vizinhos, no caso de prédio), tanto para viabilizar a apreensão/sequestro do bem, como para realizar busca no automóvel, lembrando que usualmente documentos mais recentes e notebooks costumam ser encontrados em tal local.

É interessante consignar que na hipótese de o veículo estar no nome de terceiro (pessoa física ou jurídica), tal circunstância pode configurar o crime de lavagem de dinheiro na sua modalidade mais básica (‘ocultação’ de bens), notadamente quando a sua propriedade for incompatível com os rendimentos oficialmente declarados.

Ainda em relação à apreensão de veículos no local da busca, a coordenação deve avaliar, caso não haja local adequado para depositar tais bens, se não se mostra mais eficiente nomear o detentor como depositário fiel. Nessa hipótese, sobretudo se **ainda** não tiver sido comunicada aos órgãos de trânsito a restrição, recomenda-se que seja apreendido o **original** do Certificado de Registro de Veículo (CRV), a fim de impedir a sua transferência (embora ilegal, a transferência pode envolver terceiro de boa-fé).

Quanto à apreensão de computadores e mídias eletrônicas, recomenda-se enfaticamente que essa medida seja feita de forma bem seletiva, com o objetivo de se permitir uma rápida – e útil – análise do material, sem sobrecarregar desnecessariamente o setor de perícia.

Especial cautela deve ser adotada na apreensão de joias e objetos de *grife* (ex, relógios). Caso se entenda realmente necessária a apreensão de pretensas joias e objetos de luxo, sugere-se que a arrecadação seja feita na presença das testemunhas da diligência, bem como que os bens sejam acondicionados em envelopes transparentes com lacre numerado. Isso porque, muitas vezes, tais objetos são **simulacros** de joias ou **falsificados**, podendo tal circunstância ser utilizada pelo investigado para levantar suspeita sobre a lisura da equipe que realizou a busca. Nesse sentido, também se recomenda que no auto de arrecadação/apreensão o objeto seja objetivamente discriminado (ex., “anel dourado com 3 pedras transparentes” e não “anel de ouro com 3 pedras de diamante”; “relógio

com a inscrição Rolex no centro” e não “relógio Rolex”), a fim de evitar questionamentos. Logo após a apreensão, tais bens devem ser encaminhados ao Setor de Perícia, no respectivo envelope lacrado, para a realização de exame merceológico. Constatado que o objeto tem valor econômico, além de serem adotadas medidas para a sua conservação, deve-se cogitar solicitar ao juízo competente a alienação antecipada do bem (art. 144-A, do CPP e art. 4º, § 1º, da Lei 9.613, de 1998).

Em relação a obras de artes, a prudência deve ser ainda maior. Por se tratar de bem perecível, a remoção desses bens deve ser feita por equipe especializada, sendo que a sua guarda deve ser realizada em local apropriado, inclusive com expressa designação judicial (tal modo de agir foi largamente adotada no âmbito da Operação Lava-jato). Por tal procedimento ser oneroso, o *custo-benefício* da apreensão deve ser adequadamente mensurado pela autoridade policial responsável pela investigação.

De acordo com a dinâmica da diligência, o chefe de equipe deve avaliar a realização de busca pessoal no investigado e/ou em outros moradores do local da busca, na hipótese de haver fundada suspeita de ocultação de dinheiro ou provas, notadamente mídias eletrônicas (v.g, pen drive, que tem tamanho cada vez menor). A título de exemplo, cita-se esposa de investigado preso no âmbito da denominada Operação Lava-jato, que por duas vezes tentou evadir da residência transportando dinheiro em seu corpo. Por conta disso, sempre que possível, é recomendável a presença de pelo menos uma policial feminina na equipe, notadamente quando houver prisão de mulher, com o objetivo de efetivar a recomendação constante no art. 249 do Código de Processo Penal.

Não raro, escritórios de advocacia também são alvos de busca e apreensão por conta de participação em crimes financeiros, ou mesmo por serem ‘especializados’ na prática de tais crimes (ex., art. 1º § 2º, II da Lei 9.613, de 1998).

Nesse caso, o art. 7º, § 6º da Lei 8.906, de 1994 estabelece ressalvas e delimitações em relação à medida:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do **caput** deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, **a ser cumprido na presença de representante da OAB**, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008). (grifou-se)

No que diz respeito à presença do representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), deve-se dizer que usualmente há um telefone de plantão, sugerindo que o acionamento somente seja feito no momento do efetivo cumprimento da busca e apreensão, quando a equipe de policiais já estiver no local do mandado, resguardando o local.

3.3 Análise e finalização da medida

Encerrada a execução dos mandados de busca e apreensão, cumpre realizar a análise do material apreendido.

Sugere-se, de forma enfática, que sejam designados policiais especificamente para realizar o exame das apreensões. Tais profissionais devem preferencialmente realizar as análises em um mesmo ambiente, a fim de que possam compartilhar, *pari passu*, os elementos colhidos em relação aos diversos investigados, propiciando a produção de conhecimento uniforme e mais abrangente.

Antes de um exame mais aprofundado, recomenda-se que seja feita uma **varredura geral** nos documentos arrecadados, seja para ter conhecimento dos principais elementos de provas colhidos, seja para solicitar a imediata apreensão/sequestro de bens não contemplados nos pedidos cautelares já deferidos, inclusive de recursos ou bens localizados no exterior.

Quanto à análise propriamente, é importante padronizar o documento a ser utilizado (*Informação/Relatório de análise de polícia judiciária*), no qual será exposta a importância de documentos apreendidos em relação às demais provas colhidas no curso da investigação (ex., áudios, dados fiscais e bancários etc). Sempre que possível, recomenda-se que os documentos mais relevantes sejam reproduzidos digitalmente no corpo do relatório, com o objetivo de destacar o seu conteúdo. Da mesma forma, também deverão ser apontados documentos que se mostrem irrelevantes para a apuração, sugerindo-se a restituição aos seus detentores.

No que diz respeito ao exame das mídias eletrônicas, aconselha-se que sejam utilizados equipamentos e/ou programas que permitam uma visualização sistematizada do seu conteúdo, a fim de dinamizar o trabalho. Conforme já ressaltado, uma apreensão planejada e seletiva de computadores/mídia refletirá, com certeza, em uma análise mais célere e proveitosa para a investigação.

O enfoque patrimonial também deverá nortear a análise, tanto no que diz respeito à demonstração de incompatibilidade financeiro-patrimonial do investigado – que pode decorrer da atividade criminosa (produto/proveito do delito), como em relação à célere destinação dos bens apreendidos/sequestrados, inclusive solicitando ao juízo competente a alienação antecipada do bem (art. 144-A, do CPP e art. 4º, § 1º, da Lei 9.613, de 1998).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho teve como objetivo expor, à luz da legislação em vigor, aspectos práticos da busca e apreensão realizada no curso de investigações de crimes financeiros.

Se bem planejada e executada, tal medida constitui um importante instrumento na colheita de provas, além de possibilitar o futuro ressarcimento dos danos causados pela atividade criminosa, por meio da constrição do patrimônio do investigado.

Para finalizar, cumpre registrar uma observação de grande relevância: mesmo quando efetivada em zona nobre da cidade - que constitui a regra em investigações envolvendo *crimes do colarinho branco* -, o cumprimento de busca e apreensão traz ínsito **um altíssimo risco**, seja por conta do deslocamento ainda na madrugada de viaturas ostensivas e policiais uniformizados (algumas vezes passando por locais de grande periculosidade), seja por conta de reações inesperadas de investigados (ex., em uma das etapas da Operação Lava-jato, o presidente de empresa pública federal, já idoso, trancou-se no quarto e informou que “meteria bala” em quem entrasse), seja pela permanência da equipe por razoável período de tempo no endereço do investigado.

Nesse sentido, além da preocupação com os direitos e as garantias fundamentais dos investigados, mostra-se fundamental que o planejamento operacional contemple medidas efetivas para a proteção da integridade física dos policiais envolvidos na diligência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 7 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. 3ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SOUZA, Cezar Luiz Busto de et al. Manual de planejamento operacional. Brasília: Academia Nacional de Polícia, 2015.

Capítulo XV

ENCONTROS FORTUITOS NO BOJO DE BUSCA DOMICILIAR

Wilson Antonio Paeze Segundo³⁹⁴

1. INTRODUÇÃO

No mundo ocidental, a prova, na sua acepção jurídica atual de “*demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado*”³⁹⁵, passou por radicais transformações ao longo da história.

Das provas místicas da antiguidade, dos suplícios da idade média, invariavelmente produzidas pelo sofrimento corporal do acusado, advém a mudança de paradigma com o Iluminismo, que paulatinamente, nos anos que se seguiram, afastou e vedou a produção de provas oriunda de qualquer castigo físico.

Todavia, a positivação formal, consoante evidenciou a segunda grande guerra mundial, não se revestia de todos os atributos necessários para garantir a dignidade da pessoa humana, circunstância pela qual, adicionou-se novo ingrediente, ao erigir-se um documento jurídico onde figurariam os princípios e regras basilares que se projetariam para todo o ordenamento jurídico do Estado, dando-lhe ou retirando-lhe validade.

Seria preciso mais algumas décadas até que esta nova concepção, centrada na dignidade da pessoa humana, fosse incorporada na maioria dos Estados ocidentais que, em grande parte, enfrentavam regimes autoritários.

Dessa maneira, na maioria dos países ocidentais, a democracia de fato ainda é uma conquista muito recente³⁹⁶.

394 Delegado de Polícia Federal Mestrando em Ciências Policiais pelo ISCPSP – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (Lisboa – PT).

395 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

396 Anote-se que até o ano de 2009, apenas 119 países no mundo possuíam uma democracia

Se hoje as agressões às pessoas não são tão evidentes como no passado, não significa que não possam ocorrer de formas mais sutis ou justificadas pelos fins que pretendem atingir.

Por isso, o enfoque deste trabalho cinge-se em abordar o encontro fortuito de provas para fins penais, durante execução de busca e apreensão, compulsando a legislação, doutrina e a jurisprudência de alguns países, com o fito de averiguar qualquer indício de corrosão aos valores maiores que regem a comunidade.

2. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

O encontro fortuito de provas na apuração de delitos, conhecido na doutrina alemã por *Zufallsfunden*, na doutrina espanhola por *Hallazgos* ou *descubrimientos casuales* e no direito americano abordado pela *plain view doctrine*, diz respeito ao encontro de provas em diligência que não a objetivava.

De início, consigne-se que as diligências causadoras do encontro fortuito – meios de produção de prova –, tratadas neste texto, são apenas aquelas fundamentadas na Constituição Federal Brasileira³⁹⁷ e legislação correlata³⁹⁸, conduzida pelo delegado de polícia, na fase do inquérito policial.

Além disso, afigura-se salutar, para maior proveito do estudo, delimitar a análise tão somente para a produção de prova decorrente da busca domiciliar³⁹⁹, a qual, seguramente, é uma das maiores responsáveis pela produção de provas fortuitas, em que pese a significativa incidência, hodiernamente, nas interceptações telefônicas e de quebra de sigilo bancário e fiscal⁴⁰⁰.

2.1. Busca domiciliar

No ordenamento jurídico brasileiro, a busca domiciliar por policiais, no

eleitoral, conforme aponta a organização Freedom House. Disponível em: < <http://web.archive.org/web/20110131235949/http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=477&year=2009>>. Acesso 05 abr. 2014.

397 Art. 5º (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - 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;”

398 Lei 9296/96, regulamenta a interceptação telefônica de que trata o inciso XII, da Constituição Federal, acima transcrito.

399 Art. 240 e ss. do Código de Processo Penal Brasileiro.

400 Notadamente, exsurge como exemplo, a operação “Lava Jato”.

bojo de uma investigação criminal, somente pode ocorrer mediante autorização do morador, por ordem judicial ou em situações de flagrante delito⁴⁰¹.

Portanto, a inviolabilidade do domicílio, apesar de ser regra, não é absoluta, cedendo nas hipóteses excepcionadas na própria Constituição.

2.1.1. Busca domiciliar decorrente de determinação judicial

A determinação judicial direcionada à realização de busca domiciliar é precedida de manifestação do Ministério Público e especificará, da forma mais minuciosa possível, os locais da busca e os objetos da busca. Sem descurar ainda, que a autoridade policial deverá subsidiar a representação com dados que, além de revelar a urgência e a imprescindibilidade da diligência⁴⁰², ostentem elementos indiciários no sentido de que os objetos/pessoas que se busca podem ser encontrados nos locais indicados⁴⁰³.

2.1.2. Busca domiciliar sem reserva de jurisdição - flagrante delito

Havendo flagrante delito, nas hipóteses delineadas pelo Código de Processo Penal Brasileiro⁴⁰⁴, e sendo o domicílio o local onde perpetra-se a infração penal, é permitido o ingresso no local tanto para a prisão do envolvido quanto para a colheita de elementos probatórios relacionados. Neste caso, o lar tem sua finalidade desvirtuada⁴⁰⁵, não havendo que se falar em proteção a inviolabilidade

401 Art. 301. *Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.*

Art. 302. *Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*

Art. 303. *Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.*

402 “Somente quando fundadas razões, quanto à urgência e à necessidade da medida, estiverem presentes, é que se poderá conceder a busca e apreensão, tanto na fase de investigação como no curso da ação penal” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

403 Art. 240 e ss. do Código de Processo Penal.

404 Art. 302 e ss. do Código de Processo Penal.

405 “O direito constitucional de inviolabilidade domiciliar não se estende a lares desvirtuados, como cassinos clandestinos, aparelhos subversivos, casas de tolerância, locais ou pontos de comércio clandestino de drogas. A casa é asilo inviolável do cidadão enquanto respeita a sua finalidade precípua de recesso do lar” (TACRIMSP RT-527/383, *apud* STF, HC 73.921, Rel.

do domicílio, razão pela qual a própria Constituição Federal excepciona a regra de ingresso somente por ordem judicial ou autorização do morador⁴⁰⁶.

2.2. Encontro de provas conexas aos fatos investigados

Uma das hipóteses passíveis de ocorrência no desenrolar da diligência de busca domiciliar é o encontro de provas que guardem conexão⁴⁰⁷ ou continência⁴⁰⁸ com os fatos em investigação que serviram para embasar a expedição do mandado judicial.

Como se sabe, a investigação policial busca apurar fatos concernentes à materialidade delitiva e indícios da autoria. Assim, a apuração abrange todos os personagens concorrentes e aspectos fáticos do delito ou que de alguma forma mantém relação com este, facilitando sua execução, assegurando seu proveito, ocultando-o⁴⁰⁹ ou ainda influenciando na sua existência⁴¹⁰.

Portanto, quando a prova obtida guardar conexão ou continência (de extração legal) com o fato gerador da ordem judicial de busca, não parece aqui residir qualquer impedimento legal ou violação a direito e garantia fundamental, em especial à intimidade e à inviolabilidade do domicílio, que macule a prova angariada.

O respeitado professor português MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, diferencia conhecimento fortuitos de *conhecimentos da investigação* (*Untersuchungserkenntnissen*), conceituando este último, com amparo no magistério de FRANCISCO AGUILAR, como *uma identidade de investigação no sentido processual*⁴¹¹, que corresponde, segundo exemplos que cita (*comparticipação, favorecimento pessoal, auxílio material, receptação*) aos casos de conexão e continência ante elencados.

Min. Néri da Silveira, 2. Turma).

406 Art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

407 “Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar; ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração;”

408 “Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.”

409 Hipóteses denominadas pela doutrina como *conexão objetiva, lógica ou material*.

410 Conexão instrumental.

411 *In* Conhecimentos Fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano! Lisboa: Almedina, 2006, p. 80.

No mesmo sentido, o jurista alemão KARL-HEINZ GÖSSEL⁴¹², reputa como admissível a valoração de provas obtidas em conexão com a infração penal investigada que autorizou o afastamento de direito fundamental.

Sobre o assunto, a professora SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER⁴¹³, traz trecho de decisão do Tribunal Supremo Espanhol, *verbis*:

“El delito nuevo es algo añadido al delito investigado (...) aplicándose las normas de conexión de los arts. 17.5 y 300 de la LECri, por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adicción a éste (STS de 7 de febrero de 1994; de 22 de noviembre de 2001, con cita de las SSTs de 18 de junio de 1999; de 25 de abril y 3 y 4 de octubre de 1996)”.

Mas, ainda que seja admissível a valoração da prova neste contexto, ressalta que no direito espanhol:

“Tanto por la Fiscalía, como por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la solución pasa, en el supuesto de delitos conexos, por la necesidad de otorgar una orden judicial ampliatoria del ámbito de la primera y proseguir la investigación en la misma causa”.

No Brasil, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini⁴¹⁴, lecionam pela validade da prova obtida por conexão ou continência com o delito investigado:

“O “critério da conexão” é perfeitamente válido em nosso *ius positum*. Aliás, em virtude das peculiaridades do nosso direito, urge falar-se em conexão ou continência. Tudo porque nosso Código de Processo Penal faz essa distinção, nos artigos 76 e 77. Se o fato objeto do “encontro fortuito” é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita interceptação (art. 2.º, inc. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar (“enervar”) o princípio da presunção de inocência.”

No mesmo sentido, o e. STJ tem se posicionado: *“É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. Precedentes”*⁴¹⁵.

412 In As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. Lisboa: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Separata), 1992.

413 In *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal*. Madrid: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2011

414 In Interceptação Telefônica - Lei no 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

415 HC 33462/DF, 5a Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 07/11/2005.

Anote-se que o e. STF tem precedente que se alinha com essa interpretação⁴¹⁶.

Em sentido diametralmente oposto, Damásio E. de Jesus, apregoa que "o encontro fortuito não é válido como prova em hipótese alguma"⁴¹⁷.

Já para Eugênio Pacelli de Oliveira⁴¹⁸, não é a conexão ou continência que justifica a licitude da prova. Para ele, "uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão."

Finalmente, em que pese o receio de que os institutos da conexão e continência possam ser demasiadamente abertos a ponto de permitir que ali se depositem hipóteses de conhecimentos fortuito, isto não parece razoável, seja pela definição legal preenchida pelos precedentes judiciais de infundáveis casos concretos, seja pelos longos anos que a doutrina escreve sobre o tema. Inegavelmente, com isso, há contornos bem delineados que trazem segurança ao administrado e limitam a margem de atuação do administrador.

2.3. Encontro fortuito de prova independente do fato investigado – encontro fortuito propriamente dito

Situação comum no desenvolvimento da diligência de busca e apreensão é o encontro de prova delitiva sem qualquer vinculação com o fato que ensejou a medida intrusiva.

Objetos que por si só, constituam-se legalmente em crime permanente, permitem a prisão a qualquer momento.

Dessa maneira, levando-se em conta que a inviolabilidade da casa (*lato sensu*) cede pela ocorrência de flagrante delito, a prova assim obtida não parece estar contaminada por ilicitude.

Evidentemente, pressupomos aqui, a lisura do ingresso originário no local da busca, conforme os contornos definidos pela lei, ante explicitados.

Satisfeitos os requisitos legais, *a fortiori*, quando a busca é realizada com autorização judicial, onde os fatos e indícios colhidos são submetidos previamente à manifestação do Ministério Público e ao crivo do Poder Judiciário, o encontro de provas que igualmente permitem a prisão em flagrante, tem força probatória para todos os efeitos legais, não havendo margem para se alegar desvirtuamento para diligências de prospecção.

Nesse sentido a Corte Especial do e. STJ já teve a oportunidade de manifestar-se:

416 HC 83.515/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 04/03/2005.

417 In Interceptação de comunicações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais.

418 Curso de Processo Penal. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 369.

“A posse ilegal/irregular de armas e munições é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, perdurando o flagrante delito enquanto não cessar a permanência. 4. A apreensão decorrente do conhecimento fortuito da posse ilegal/irregular das armas e munições não implica extrapolação ou nulidade do mandado expedido para a busca e apreensão de objetos referentes a crime diverso. O mandado foi adequadamente expedido, mas a apreensão decorreu do flagrante constatado no interior da residência do acusado⁴¹⁹.”

No mesmo caminho, as provas de infrações penais sem nota de permanência, que não guardem relação com o fato ou pessoas investigadas, obtidas em busca válida no seu nascedouro, não sofrem qualquer mitigação ou supressão de valor como prova.

Neste ponto, o professor MANUEL GUEDES VALENTE, é contundente ao afirmar que *“poder-se-á aderir à defesa da valoração dos conhecimentos fortuitos sem reservas, não se podendo ‘contrariar a tese de admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos obtidos através de um exame ou de uma revista ou de uma busca’⁴²⁰.”*

O festejado jurista traz ainda a informação de que o Código de Processo Penal Alemão (StPo) expressamente prevê a apreensão de qualquer objeto relacionado com um crime⁴²¹.

Cumpra assinalar que MANUEL VALENTE compreende que o achado casual somente desperta questionamento quanto à licitude, nas situações que a prova diga respeito a crime não previsto no catálogo autorizador da medida restritiva de direito fundamental, como por exemplo, quando se trate de interceptação telefônica, onde as infrações penais ensejadoras da referida medida são catalogadas.

Pela admissibilidade também é a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁴²², *verbis*:

“Mais uma vez, é fundamental destacar que o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de duas pessoas, com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. Descoberto um outro crime, ainda que não haja conexão entre este e a infração que se está investigando, é preciso apurá-lo, mormente se de ação pública incondicionada”

PACELLI (2011) não discrepa, uma vez que a autorização inicialmente lícita admite o recolhimento de provas de outros delitos. Frisando que é preciso diferenciar a justificação para afastar um direito fundamental, do aproveitamento

419 APn nº 686, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE 05/03/14.

420 Idem, p. 101.

421 Idem, ibidem.

422 In Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 355/356.

do conteúdo da intervenção autorizada, haja vista que neste caso, cuidando-se de material relativo à prova de crime, não se pode mais argumentar com a justificação da medida e sim com a aplicação da lei.

Igualmente no seio do Poder Judiciário, o e. STJ tem se inclinado para aceitar como válidas as provas obtidas de forma casual, sem conexão ou continências com os fatos e pessoas inicialmente investigadas⁴²³.

Um valioso fundamento para a valoração de provas nestas circunstâncias pode ser haurido do princípio da *proibição de abuso de direito fundamental*, assente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴²⁴, na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁴²⁵, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴²⁶, bem como da interpretação dada pelo e. STF acerca da Constituição Federal Brasileira⁴²⁷.

Em suma, durante diligência legalmente deflagrada, o encontro fortuito de elementos probatórios mantém íntegros seus efeitos, uma vez que o *exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes* (MARMELSTEIN, 2008).

Em lapidar lição, MICHAEL SANDEL (2005) expõem que *o argumento*

423 APn 690, Rel. Min. João Otávio de Noronha. No mesmo sentido: HC 187.189, Rel. Min. Og. Fernandes; HC 189.735, Rel. Min. Jorge Mussi; HC 197.044, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; HC 144.137, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; RHC 45.267, Rel(a). Min(a). Marilza Maynard (Desembargadora convocada no TJ/SE).

424 Artigo XXX - *Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.*

425 Artigo 29 – *Normas de interpretação: Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: 1. Permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; 2. Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; 3. Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; 4. Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*

426 Artigo 17º - *Proibição do abuso de direito: Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.*

427 Caso Elwangger – HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves: “*As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal. (...) dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas (...)*”

para o reconhecimento de um direito depende da capacidade de se demonstrar que esse direito honra ou promove um bem humano importante.

3. CONCLUSÃO

Inexoravelmente, a alegação da imprestabilidade do encontro fortuito de provas nas situações já delineadas, sob o fundamento de violação de direito fundamental não parece, por tudo que foi colacionado, encontrar substrato na essência que densifica e dá sentido aos direitos fundamentais.

Sendo precisa a síntese dada por SUSANA ÁLVAREZ (2011):

“Por consiguiente, el hecho de hallar en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquélla inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de tener valor probatorio.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso 05 maio 2014.
- BRASIL. Constituição Federal. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso 05 maio 2014.
- Corte Européia de Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>>. Acesso em: 17 maio 2014.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 17 maio 2014.
- Freedom House. Disponível em: < <http://web.archive.org/web/20110131235949/http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=477&year=2009>>. Acesso 05 abr. 2014.
- GOMES, Luiz Flávio e Cervini, Raúl. Interceptação Telefônica - Lei no 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. Lisboa: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Separata), 1992.
- JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal. Madrid: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2011.
- LIMA, George Marmelstein. Direitos fundamentais e impunidade: em defesa da aplicação do princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais. Disponível

- em:<<http://direitosfundamentais.net/2008/09/09/direitos-fundamentais-e-impunidade-em-defesa-da-aplicacao-do-principio-da-proibicao-de-abuso-de-direitos-fundamentais/>>. Acesso 17 maio de 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ONU. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso 17 maio 2014.
- SANDEL, Michael J. O liberalismo e os limites da justiça. Tradução Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/>. Acesso 12 maio 2014.
- Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso 12 maio 2014.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006.

Capítulo XVI

A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR, O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E A SUBVERSÃO DAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS COM O CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR

*Breno Azevedo de Carvalho*⁴²⁸

1 – O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO: ASPECTOS INICIAIS

A democracia brasileira passa por um momento de instabilidade, principalmente no tocante à segurança pública, em razão do surgimento de vários questionamentos quanto ao modelo adotado pela Constituição da República e a sua apontada ineficiência.

Não obstante, uma análise detida do modelo adotado demonstra que a dinâmica prevista pelo Constituinte originário não foi efetivamente colocada em prática para ser contestada, porquanto o que se vivencia é a usurpação das funções constitucionais das polícias investigativas pela polícia militar, representando violação direta aos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

Ab initio, negar a importância da Polícia Militar no sistema de segurança pública seria de um preciosismo maléfico para uma análise imparcial das funções constitucionais, porém a deturpação e inversão da atuação da polícia ostensiva compromete acentuadamente o sucesso do modelo adotado e torna a sensação de segurança nas ruas cada vez pior.

428 Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, exercendo atualmente a função de Coordenador de Sistemas Adjunto da PCMG, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, exerceu a função de assessor de Juiz na Vara Criminal, da Infância e Juventude e Execuções Penais da comarca de Viçosa/MG, pós graduando *stricto sensu* em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerias – PUC/MG, Professor da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais (Endereço para acesso CV: <http://lattes.cnpq.br/0386165459167173>);

Assim se manifestou o Professor Ives Gandra da Silva Martins:

Ora, se a função da polícia militar é a de policiamento ostensivo, no momento em que invade funções atribuídas à polícia civil, está desviando sua atenção da questão maior que lhe cumpre, que é garantir a segurança.

Em outras palavras, para atender funções pertinentes à polícia civil, a corporação deverá destacar policiais para desempenhá-las reduzindo, em consequência os efetivos voltados ao desempenho de suas atribuições constitucionais que consistem no policiamento ostensivo. Ora, em tese, destacar policiais militares para desempenhar funções próprias de delegados civis é, à evidência, reduzir o contingente para policiamento ostensivo, o que poderia macular o princípio da eficiência, principalmente num Estado em que a violência continua a se manter em índices elevados.

O Poder Judiciário, de forma temerária e sob o argumento da promoção do combate ao crime, vem concedendo prerrogativas não previstas na Constituição à Polícia Militar, dentre as quais a possibilidade de requerer a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar em manifesta usurpação da atividade investigativa.

A delegação de competências e atribuições entre os Poderes é vedada, uma vez que são previstas expressamente nas normas constitucionais e observam o princípio de separação dos poderes. Neste contexto, autorizar atos judiciais ou normativos atípicos do Poder Judiciário concedendo atribuição constitucional das Polícias Cíveis e Federal à Polícia Militar é manifestamente ilegal.

Meirelles Teixeira [4] enxerga na rigidez da Constituição, ainda, a razão última para que se tenha por vedada a transferência ou delegação de competências entre os poderes. De fato, admitir que um Poder possa ceder a um outro, por ato de vontade sua, ainda que transitoriamente, uma competência que lhe foi entregue, explícita ou implicitamente, pela Constituição significa modificar a Constituição, no ponto em que dispôs sobre a mesma competência – e isso sem seguir o procedimento adequado para a reforma do Texto Constitucional. (MENDES:2014)

A expedição de mandados de busca e apreensão domiciliar, submetidos à cláusula de reserva de jurisdição, pressupõe a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, além de justa causa que sustente a medida restritiva de direitos, fatores que demandam investigação prévia e análise criteriosa dos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, estabeleceu as atribuições das Polícias Cíveis e Militares, prevendo um modelo policial dualista com funções específicas para cada uma das Instituições. Vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...)

§ 4º As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

A Assembleia Constituinte optou por manter no sistema de segurança pública dois grupos de instituições, as polícias civis e federal, investigativas por naturezas e comandadas por Delegados de Polícia, e as polícias militares, executora do policiamento ostensivo, auxiliares ao exército brasileiro e estratificadas nos moldes do militarismo.

Como afirma Zaverucha, “a Constituição de 1988 nada fez para devolver à Polícia Civil algumas de suas atribuições existentes antes do início do regime militar”, o que contribuiu para que hoje esteja “consolidada a militarização da área civil de segurança” (2005, p. 75-76).

Pinheiro é mais enfático ao afirmar que a Constituição de 1988 reiterou a organização dos aparelhos repressivos formulada durante a ditadura: a Constituinte reescreveu o que os governos militares puseram em prática. Não há transição, mas plena continuidade.

Assim, a corporação que temos hoje nas nossas ruas com função de garantir a segurança de todos os brasileiros surgiu como tal no auge do período ditatorial. Se na Constituição Federal de 1988 a função das Polícias Militares é o policiamento ostensivo e a manutenção da ordem pública, cabe às Polícias Civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. (FONTOURA: 2009)

A dualidade prevista na Carta Magna tem uma lógica que, caso fosse observada e aplicada, poderia representar uma mudança na crise do sistema de segurança pública, pois buscaríamos a eficiência do policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, atribuição das polícias militares, acrescidas de uma investigação focada no fenômeno criminal executada pelas polícias civis e federal.

Neste contexto, é privativa das polícias civis e federal a investigação dos crimes comuns, desempenhando, ainda, funções de polícia judiciária, inclusive com exercício atípico de jurisdição quando da análise da condução em flagrante e a sua ratificação ou não.

Inverter a lógica do sistema é manifestamente inconstitucional, conforme veremos no curso do presente ensaio, mas importante é o posicionamento do constitucionalista José Afonso da Silva:

“Polícia Civil. É dirigida por delegado de carreira em cada Estado, incumbindo-lhe as funções de polícia judiciária, nos termos já definidos antes, e a apuração de infrações penais, exceto: (a) as de competência da Polícia Federal no âmbito restrito já assinalado; (b) as militares. Isso quer dizer que nenhuma outra organização estatal tem competência para exercer funções de polícia judicial, tal como instauração de inquéritos policiais ou militares, nem o poder investigatório de infrações penais. Afronta radicalmente a Constituição qualquer tentativa no sentido de imitar o sistema italiano, ou o português ou o francês, seja com juizado de instrução, seja com polícia judiciária dirigida por membros de Ministério Público, seja através de investigação criminal feita por promotores de justiça”

2 – AS FUNÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA NO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO

As Polícias Cíveis e Federal possuem como funções constitucionalmente estabelecidas a de polícia judiciária e investigativa. A primeira é o desempenho de atividades auxiliares ao Poder Judiciário, com a finalidade de agregar elementos de informação para elucidação de infrações penais ou do exercício atípico de jurisdição, inclusive na análise da validade jurídica da condução em flagrante levada ao seu conhecimento.

Exercer as funções de polícia judiciária significa, a nosso sentir, essencialmente, realizar o papel imediato do Poder Judiciário, diante de toda e qualquer privação de liberdade em razão de possível prática de infração penal observada em seu estado flagrancial. De tal forma, o Delegado de Polícia assume de forma emergencial o papel do Juiz de Direito, recebendo a provocação para a aplicação imediata do Direito a um caso concreto, mesmo que o fazendo de maneira precária e reversível, evidentemente. Não há, de maneira imediata, diante da autuação em flagrante de um conduzido, uma atividade aprofundada de investigação dos fatos, valendo-se o Delegado de Polícia, de elementos ali presentes numa análise de verossimilhança muito semelhante ao exercício do Juiz de Direito diante de um pleito de antecipação de tutela ou medida cautelar, por exemplo. De outro lado, diferentemente do que pensam alguns, a análise de ocorrência de uma infração penal, de seu estado flagrancial e de elementos suficientes ao apontamento de autoria, exigem uma atividade cognitiva fundada em conhecimentos consideráveis do direito em sua amplitude. (FERREIRA: 2013)

A segunda função, a de polícia investigativa, consiste no desenvolvimento de investigações policiais autônomas e independentes para a apuração das infrações penais não militares, por meio de procedimentos investigativos próprios e em observância às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis.

A direção e, por conseguinte, a coordenação das atividades das Polícias Cíveis e Federal compete ao Delegado de Polícia, nos termos do § 4º, do artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 4º - Às polícias cíveis, **dirigidas por delegados de polícia de carreira**, incumbem, ressalvada a competência da União, as *funções de polícia judiciária* e a *apuração de infrações penais*, exceto as militares (grifo nosso).

A previsão da direção das atividades das Polícias com funções judiciárias e investigativas por Delegados de Polícia baseia-se na necessidade de um controle jurídico prévio e constante, notadamente por se tratar de ações que representem invasão na esfera jurídica de terceiros, tanto no exercício atípico de jurisdição quanto nas atividades de investigação.

Uma análise histórica demonstra a escolha dos Delegados como detentores da coordenação das atividades investigativas, pois a Lei 261 de 03.12.1841 previu a nomeação de Autoridades Policiais (Delegados de Polícia) dentre Juizes, demonstrando, na sua raiz, a necessidade de conhecimento jurídico específico e apto a exercer ações direcionadas ao controle das atividades investigativas e de polícia judiciária.

À polícia judiciária de então, quase sempre exercida por magistrados togados, competia mais que a apuração das infrações penais (função criminal), cabendo-lhe também o processo e o julgamento dos chamados “crimes de polícia” (função correccional) [...] Falhou a reforma, destarte, precisamente por não realizar a separação, já há tempo veementemente reclamada, entre as funções judiciais e policiais (executivas), que continuaram em mãos únicas [...] Quase três decênios de protestos e inúmeros projetos legislativos foram necessários para reverter os excessos perpetrados por meio das mudanças em comento [...] (ZACCARIOTTO, 2005).

O Delegado e Professor Franco Perazzoni complementa:

As linhas gerais do modelo definido em 1871, entretanto, foram mantidas até a presente data, inclusive com a manutenção da autoridade policial (concentrada na tradicional figura dos Delegados de Polícia), assim como do inquérito policial na posterior reforma do Código Penal, em 1941 (arts. 4º a 23 do Decreto Lei 3.689, de 03.10.1941).

Por óbvio e tendo em mente que o Código de Processo Penal vigente foi editado em pleno regime ditatorial, “no qual se defendia a eficiência da persecução criminal a todo custo e o imputado era tratado como mero objeto da investigação” (MACHADO, 2010, p. 52), faz-se necessária toda uma nova releitura não apenas da sistemática que envolve a *persecutio criminis extra iudicio*, especialmente o inquérito policial, mas,

sobretudo, o papel que desempenha o Delegado de Polícia a partir da Constituição de 1988, de inspiração flagrantemente garantista. (PERAZZONI, 2013.)

A Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, em seu artigo 2º, *caput*, em consonância com a distinção constitucional, afirma que “*as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado*”.

Os procedimentos investigativos conduzidos pelos Delegados de Polícia, na nova ordem constitucional, ganham status de verdadeiro filtro e instrumento de garantia dos cidadãos, porquanto não são direcionados a uma acusação a qualquer custo, mas a uma análise jurídica ampla e com observância dos direitos e garantias fundamentais.

A definição de Autoridade Policial não deve ser entendida como os agentes públicos que possuem como atribuição o exercício de ações de policiamento, mas sim aqueles munidos constitucionalmente de poderes para coordenar o exercício das atividades investigativas e o exercício atípico de jurisdição, funções restritas aos Delegados de Polícia.

É cada vez mais presente a utilização equivocada e sem critérios do termo “autoridade policial” para designar qualquer agente público de segurança. Entretanto, não encontra qualquer sustentação constitucional a pretendida interpretação extensiva do disposto no art. 4º do Código de Processo Penal, que define como autoridade policial aquela que preside o procedimento investigativo para a “*apuração das infrações penais e de sua autoria*”.

Mas, para definir *cumpridamente* a autoridade policial de que fala o art. 4º, cumpre dar um passo adiante e lembrar que se trata de autoridade de polícia judiciária. Qualquer outro órgão, ainda que exerça autoridade em distinto terreno é estranho ao art. 4º do Código de processo Penal. Em meu anteprojeto, toda essa matéria está subordinada à epígrafe: Da Polícia Judiciária (Liv. II, tit. I, arts. 6º a 21). O código vigente, menos preciso, declara que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais...” Mas o próprio emprego da palavra autoridade exclui qualquer dúvida, pois seria rematado absurdo que um particular ou um órgão-meio do Estado se arvorasse em autoridade. E a referência à polícia judiciária elimina a intromissão de qualquer autoridade, agente da autoridade ou mero funcionário pertencente a outros ramos da administração pública, ainda que policiais, seria abusivo que um mata-mosquitos, por pertencer à polícia sanitária, resolvesse abrir inquéritos, arbitrar fianças, fazer apreensões etc. Ou que um oficial da Força Pública resolvesse tomar a iniciativa de investigar crimes. (TORNAGHI)

Assim, compete ao Delegado de Polícia, Autoridade Policial reconhecida constitucionalmente, a condução das atividades investigativas, sendo defeso ao Poder Judiciário ou mesmo ao legislador infraconstitucional modificar tal critério

ao alvedrio do sistema constitucional desenhado pela nova ordem democrática inaugurada em 1988.

3 – DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E DOS CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS QUE POSSIBILITAM A SUA RELATIVIZAÇÃO

A Constituição de 1988 foi fruto de um processo de redemocratização após um grande período de exceção vivenciado pelo Brasil, e, neste contexto, foi construída com base em uma previsão extensa de direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivas e sociais, na tentativa de proteger o cidadão de ações arbitrárias das autoridades instituídas.

O artigo 5º, inciso XI, previu a inviolabilidade do domicílio como regra do Estado Democrático de Direito, condicionando a sua violação à ocorrência das hipóteses expressamente previstas.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

As duas primeiras hipóteses são clarividentes e versam sobre o ingresso no domicílio em caso de manifesto flagrante delito ou situação de desastre. Estas não serão objeto de análise neste ensaio, mas sim a hipótese de entrada por determinação judicial.

A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra (CANOTILHO, 2003, p.664).

O instrumento processual que possibilita o ingresso no domicílio alheio é o mandado de busca e apreensão, que somente pode ser expedido após manifestação judicial em decisão devidamente fundamentada.

Evidente que a busca e apreensão domiciliar tem natureza cautelar e pode ser deferida em procedimentos de conteúdo cível, administrativo, trabalhista e criminal; esta última natureza será o objeto de análise doravante.

O artigo 240, do Código de Processo Penal, prevê algumas hipóteses de cabimento da busca e apreensão domiciliar, deixando evidente a relação do instrumento com a investigação de infrações penais, visando possibilitar a localização de objeto, instrumento, documento ou qualquer outro item ou pessoa relacionada ao fato delituoso sob análise.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

Em uma interpretação teleológica da norma transcrita é de sutil intelecção a relação entre o instrumento da busca e apreensão domiciliar e a investigação criminal, porque sua sustentação é a necessidade de colheita de elementos de convicção em qualquer uma das fases do processo penal.

Deve-se sopesar que, apesar da relativização da inviolabilidade domiciliar, é importante que a autorização judicial que a possibilite e o consequente cumprimento da medida respeitem a intimidade e vida privada do desfavorecido e, acima de tudo, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Neste contexto, tratando-se de norma restritiva de direitos e sob o manto da clausula de reserva jurisdicional, a sua análise e deferimento pelo juízo competente demandam existência de elementos que sustentem a relativização da inviolabilidade domiciliar, geralmente produzidos no curso das investigações criminais.

Conforme já delineado alhures, as funções de investigação de crimes comuns são atribuídas pela constituição da república às polícias civis e federal, e, sendo elemento essencial para a sustentação do afastamento da inviolabilidade do domicílio, existe uma correlação lógica entre as polícias investigativas e a busca e apreensão domiciliar.

4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA BUSCA E APREENSÃO SOLICITADA PELAS POLÍCIAS MILITARES.

O artigo 144 da Constituição da República é claro ao afirmar que as funções investigativas de crimes comuns são de atribuição das Polícias Cíveis e Federal, e a usurpação da prerrogativa constitucional pela polícia ostensiva representa afronta à própria lógica constitucional do sistema dual de segurança pública e contamina com o manto da ilicitude eventuais elementos colhidos.

A investigação realizada pela polícia militar está autorizada apenas para apuração de crimes tipicamente militares. Deste modo, a concessão de mandado de busca e apreensão à polícia militar, em desvio de atribuição na investigação de ilícito comum, contaminará toda a investigação e o processo criminal.

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, *in fine*), dentre outros.

A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal. (MENDES:2014)

Conforme afirmado alhures, existe uma confusão quando da utilização do termo autoridade policial por alguns magistrados que fazem uma interpretação extensiva e ampliam o conceito para qualquer agente público que exerça funções de policiamento, o que é ilegal no estado democrático de direito, principalmente em relação a normas que representam restrição a direitos fundamentais.

Caso adotássemos posicionamento extensivo, como defendem alguns doutrinadores, chegaríamos ao ponto de conceder a praças, guardas municipais e agentes de policiamento de trânsito – sem desmerecer quaisquer das citadas carreiras – a possibilidade de solicitar a expedição de mandados de busca e apreensão.

Os Delegados Adriana das Neves Rosa e Paulo Felipe Gonzales Saback, em parecer pela Comissão de Direitos e Prerrogativas do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Minas Gerais – SINDEPOMINAS, afirmam:

Se dúvida há quanto a quem seria a autoridade policial mencionada na lei, esclarecedora a decisão do magistrado Júlio Osmany Babin, abaixo transcrita:

“Vistos, etc...”

...Assim, colocada a questão, fácil inferir, por via de conclusão, que a autoridade policial, por excelência e na forma de nossa estrutura legal, que suporta a organização da Secretaria de Segurança Pública, é o DELEGADO DE POLÍCIA. A ele incumbe, mercê de sua formação jurídica e por exigência de requisitos para o ingresso na carreira policial, apreciar as infrações penais postas por seus agentes (policiais, genericamente entendidos), sob a luz do Direito, máxime, em se cuidando de Segurança Pública, do DIREITO PENAL. Sempre que tiver conhecimento de uma infração penal o Delegado de Polícia (autoridade policial por excelência) deve fazer uma avaliação, a fim de visualizar se se cuida fato típico, como espelha a Teoria da Tipicidade, o “TATBESTAND” do Direito Alemão, ou não, daí procedendo de acordo com o que a lei regram.

(...) Todo esse complexo desenrolar subjetivo está afeto ao Delegado de Polícia, em cuja atividade funcional está a salvo de qualquer interferência, mesmo do Ministério Público, órgão de fiscalização externa da Polícia Civil (C.F./88 e L.O.M.P.), caso não

haja, na espécie, a prática de ilícito (advocacia administrativa, favorecimento pessoal, corrupção etc.) de parte da autoridade policial atuante.

Para completar o raciocínio aqui desenvolvido é oportuno colocar que na estrutura da Secretaria de Segurança Pública, as autoridades administrativas hierarquizadas são o Governador do Estado, seu Secretário da Segurança Pública e o Delegado de Polícia Judiciária.

Todos os demais integrantes dessa complexa estrutura são “agentes da autoridade policial” que os doutos chamam de “longa manus”, em substituição ao particípio presente do verbo agir para tal fim substantivado.

Assim, são agentes da autoridade policial judiciária, que é o Delegado de Polícia, toda a Polícia Militar, desde seu Comandante Geral até o mais novo praça e todo o segmento da organização Polícia Civil, bem assim o I.M.L., I.P.T etc... e nenhuma dessas categorias podendo influenciar os atos da autoridade policial, enquanto “atos de polícia judiciária” sujeitos a avaliação jurídico-subjetiva. Ademais, se o ilícito foi apurado via “persecutio criminis” pela instauração de inquérito policial, iniciado por portaria e não por ato de prisão em flagrante, essa situação não retira, jamais, a nobreza do ato do policial militar que, despojando-se da própria vida cumpre o seu altruístico dever de defender a sociedade, aliás o que a gloriosa Polícia Militar do Estado de São Paulo, tão bem sabe fazer...”

O art. 4º do Código de Processo Penal prevê que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais”, fazendo referência expressa aos Delegados de Polícia, que conduzem a investigação criminal não militar. Assim, apenas as Polícias Investigativas – Polícias Cíveis e Federal – possuem atribuição constitucional para promover a investigação de crimes comuns praticados por civis.

Não raras vezes presenciamos investigações contra civis executadas pela Polícia Militar através de seu serviço de inteligência que deveria ser restrito à apuração de condutas praticadas pelos policiais militares e que caracterizassem crimes castrenses.

A atuação dos Serviços de Inteligência da Polícia Militar – com atribuição para apurar exclusivamente crimes militares – na investigação criminal de crimes comuns macula a própria produção da prova, comprometendo, inclusive, a eficácia do sistema de segurança pública em razão da superposição de ações investigativas.

Sobre o tema, Augusto Cavalheiro Neto se manifestou:

(...) A atuação dos Serviços de Inteligência das polícias militares na investigação criminal, ora atacada neste estudo, traz por consequência, vários óbices que não só comprometem a validade dos atos praticados, como afetam, inclusive, a própria ordem democrática. Dentre estas podem ser destacadas quatro principais consequências:

a) Ausência de regulação jurídica destas investigações: toda a investigação possui natureza eminentemente administrativa, estando, como dito anteriormente, vinculada e subordinada a legalidade estrita (artigos 5º, II e 37 caput, ambos da Constituição

Federal). Assim, somente se admite atuação investigativa dos poderes públicos se, anteriormente, as regras que disciplinem o procedimento investigativo estiverem pré-fixadas e tornadas públicas, em face do princípio da publicidade (artigo 37 caput da Constituição Federal). Cite-se como exemplo, todo o regramento estabelecido para o inquérito policial (artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal) e para o inquérito policial-militar (artigos 9º a 28 do Código de processo Penal Militar). Contudo, as investigações realizadas pelos Serviços de Inteligência das polícias militares não possuem qualquer regramento, sendo, claramente, atividade à margem da legalidade; (...)

d) Invalidade dos atos praticados por violação aos artigos 5º incisos LIII e LVI, e 144, §1º, 4º e 5º, todos da Constituição Federal: os atos praticados pelos Serviços de Inteligência das polícias militares não possuem nenhuma prestabilidade na persecução penal, eis que eivados do mais grave vício que pode possuir um ato administrativo: a atipicidade constitucional. Neste sentido é o ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO: “Os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. (...) Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício (...)”. Ou ainda, na esteira da teoria do Direito Administrativo, os atos administrativos praticados são inválidos, eis que não atendido o primeiro dos requisitos de todo e qualquer ato administrativo: a competência para a prática do ato, que decorre, obrigatoriamente, da Carta Constitucional. Leciona ODETE MEDAUAR que “Nenhum ato administrativo pode ser editado validamente sem que o agente disponha de poder legal para tanto. A competência resulta explicitamente ou implicitamente da norma e é por ela delimitada.” Assim, os atos investigativos praticados pelos Serviços de Inteligência das polícias militares são nulos e ilegais. (NETO)

Os defensores da possibilidade de extensão da atribuição constitucional às Polícias Militares afirmam que tal medida visa garantir o eficiente combate ao crime, porém o verdadeiro enfrentamento do fenômeno criminal demanda a atuação de cada uma das forças policiais na sua área constitucional de atuação.

Apesar da interdependência – o trabalho de uma depende do trabalho da outra – não há integração e, pelo contrário, há disputas – por espaço, por salários, por poder. Tanto que a Polícia Militar acaba criando mecanismos de investigação – como o chamado PM2, ou 2ª seção do Comando – e as Polícias Cíveis “não raramente criam unidades de policiamento ostensivo” (MARIANO, 2004)

Permitir que um órgão invada e tome as atribuições constitucionais de outro, além de comprometer toda a lógica do sistema de segurança pública, possibilita a anulação dos atos produzidos em manifesta ineficiência do serviço público.

“Ora, se a função da polícia militar é a de policiamento ostensivo, no momento em

que invade funções atribuídas à polícia civil, está desviando sua atenção da questão maior que lhe cumpre, que é garantir a segurança. Em outras palavras, para atender funções pertinentes à polícia civil, a corporação deverá destacar policiais para desempenhá-las reduzindo, em consequência os efetivos voltados ao desempenho de suas atribuições constitucionais que consistem no policiamento ostensivo. Ora, em tese, destacar policiais militares para desempenhar funções próprias de delegados civis é, à evidência, reduzir o contingente para policiamento ostensivo, o que poderia macular o princípio da eficiência, principalmente num Estado em que a violência continua a se manter em índices elevados.” (MARTINS)

O Brasil já sofreu sanções internacionais em razão da investigação de civis pela Polícia Militar, porém alguns Magistrados concedem a possibilidade de violabilidade do domicílio com base única e exclusivamente em elementos produzidos pela polícia ostensiva, o que é manifestamente inconstitucional.⁴²⁹

No caso Escher, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu

429 TRECHO DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

77. O artigo 144, parágrafo 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, determina que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. O parágrafo 5º do mesmo artigo dispõe que “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. O alcance da competência da Polícia Civil claramente se depreende da norma constitucional transcrita, há vendo não obstante a Comissão sustentado em seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, de 1997, que “a polícia civil exerce a função de polícia judicial do estado, encarregando-se de verificar as infrações penais, com exceção das penas militares e das de competência da Polícia Federal”. Quanto à competência da Polícia Militar, no mesmo relatório a Comissão sustentou que “a ‘polícia militar’ tem a responsabilidade do policiamento ostensivo e da preservação da ordem pública, ou seja, ela se ocupa, primordialmente, das tarefas diárias de patrulhamento e de perseguição de criminosos.

78. Por outro lado, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, determina que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou esse inciso, dispõe, em seu artigo 3º, que uma interceptação telefônica só pode ser requerida pela autoridade policial na investigação criminal.

80. Vistos os elementos probatórios ora colocados à disposição da Corte, bem como as normas constitucionais e legais supra referenciadas, deduz-se que o Major da Polícia Militar, Comandante do Grupo Águia, carecia de competência para requerer a autorização judicial que de fato fora concedida, destinada à interceptação e monitoramento da linha telefônica da COANA, pois pertencia à Polícia Militar, com competência exclusiva para as tarefas diárias de patrulhamento e de perseguição de criminosos, conforme se salientou anteriormente. Os crimes atribuídos aos dirigentes da COANA, de desvio de fundos, são de natureza comum, motivo por que sua investigação, por mandato do artigo 144º, parágrafo 4, da Constituição Federal, recaía exclusivamente sobre a Polícia Civil, podendo somente um agente desse órgão solicitar a um juizado a interceptação de uma linha telefônica, por disposição do artigo 3º da Lei nº 9.296.

a procedência do pedido, condenando o Brasil a várias sanções por violação aos direitos humanos, inclusive em virtude de investigação de civil coordenada pela Polícia Militar em caso que ocorreu o afastamento judicial do sigilo constitucional das comunicações telefônicas, ação que possui a mesma proteção constitucional da medida de inviolabilidade domiciliar.

Quanto às pessoas competentes para solicitar a interceptação telefônica, o artigo 3º da lei nº 9.296/96 estabelece que a autoridade policial poderá fazê-lo no marco da investigação criminal. Segundo o perito Luiz Flávio Gomes, a autoridade policial poderá ser militar apenas na hipótese de investigação militar.

À luz do artigo 144 da Constituição brasileira, a investigação dos fatos delitivos indicados no pedido de interceptação, por sua natureza comum, competia exclusivamente à polícia civil. Portanto, as únicas autoridades policiais legitimadas a solicitar a interceptação das linhas telefônicas da COANA e da ADECON eram o delegado de polícia a cargo da investigação ou o secretário de segurança, em substituição ao primeiro. (MASI: 2013)

Observar manifestações do Poder Judiciário estendendo atribuição constitucional ao arrepio da lei demonstra a fragilidade da democracia brasileira e o manifesto desrespeito à Separação dos Poderes, apesar da proteção de cláusula pétrea atribuída pela Constituição da República.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A concessão de atribuição constitucional por ato judicial não fere apenas a lógica da separação dos Poderes e a teoria dos pesos e contrapesos, mas demonstra a completa inexistência jurídica do citado ato por ausência de fundamentação lógica e lícita para tanto.

A questão afeta a aplicação do princípio de separação dos Poderes em sua acepção mais ampla. A generalização de medidas judiciais contra uma dada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado e coloca em xeque a eficácia da decisão legislativa. (MENDES:2014)

Em relação aos crimes comuns, a função da Polícia Militar é estritamente preventiva e repressiva, cingindo-se em evitar a conduta ou efetuar as ações logo após a comunicação do fato ilícito na tentativa de realizar a condução em flagrante.

A busca e apreensão é medida excepcional e deve estar baseada em elementos colhidos na forma da Lei e por quem possua atribuição constitucional para tanto, condições não preenchidas pela Polícia Militar, porquanto, frise-se, não tem a prerrogativa de efetuar atos investigativos de infrações comuns.

O objetivo da investigação policial e do processo penal é a apuração de condutas ilícitas com a eventual condenação de criminosos, seguindo os proclames legais, respeitadas as garantias individuais. Este signatário não se filia à posição de que em prol da defesa da segurança pública e do cidadão as forças policiais são autorizadas à adoção de qualquer medida, caso contrário, em pouco tempo voltaremos a admitir a tortura em nosso ordenamento.

Admitir a concessão de mandado de busca e apreensão para uma diligência exclusiva da Polícia Militar representa a cessão de parte dos poderes exclusivos da Polícia Judiciária, que é gerenciada por um bacharel em direito, para um órgão militar. Por entender que o mandado de busca e apreensão é um dos muitos elementos probatórios admitidos na lei processual, reside o temor que em pouco tempo as milícias estaduais passem a expedir intimações, a solicitar escutas telefônicas e toda a sorte de diligências investigativas que bem entendam, retornando ao nefasto e ultrapassado modelo de investigação militar, muito comum na década de setenta, que até hoje envergonha qualquer brasileiro.

Esta restrição da condução da investigação de crimes comuns apenas pelos Delegados de Polícia não é mero capricho ou anseio de monopólio de atribuições, e sim uma verdadeira garantia do cidadão que é investigado sob o crivo jurídico de um ocupante de cargo público reconhecidamente de Carreira Jurídica.

O requisito essencial para que alguém possa candidatar-se a concurso público para delegado de polícia é ser bacharel em direito. Quem não preencher esse requisito básico, ainda que possua titulação acadêmica excepcional em outras áreas – sendo, por exemplo, doutor e professor titular em medicina, engenharia, economia ou demais ciências e profissões - NÃO PODE PRESTAR CONCURSO PÚBLICO PARA DELEGADO, por não possuir a qualificação essencial para o exercício da função, qual seja, deter o título de bacharel em direito. (MARTINS)

A investigação criminal é uma garantia do cidadão e a sua condução pelo Delegado de Polícia possibilita o exercício de um filtro jurídico para a instrumentalização apenas dos processos que realmente possuem sustentação probatória produzida de forma lícita e por quem detenha atribuição constitucional para tanto.

Aury Lopes Júnior (2003, p. 44) afirma *“do mesmo modo que o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista, para evitar as acusações e os processos infundados”*.

A concessão de mandados de busca e apreensão domiciliar em relação a investigações executadas pela Polícia Militar por crime comum representam

inobservâncias das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria, comprometendo a própria sustentação do Estado Democrático de Direito, contaminando todos os elementos colhidos e provocando a anulação dos atos processuais e procedimentais decorrentes.

5 – CONCLUSÃO:

O sistema constitucional de segurança pública foi idealizado de forma dualista, com a previsão de dois grandes grupos de instituições, as Polícias Jurídico-Investigativas e as Polícias Militares, cada uma com o exercício de atribuições definidas e não coincidentes.

Compete às Polícias Cíveis e Federal, conduzidas e dirigidas por Delegados de Polícia, o exercício da investigação de crimes comuns praticados por civis, importante instrumento de pacificação social e consolidação do Estado Democrático de Direito.

Não obstante a restrição constitucional do exercício da investigação de crimes comuns às Polícias Cíveis e Federal, vivencia-se um incremento no número de mandados de busca e apreensão domiciliar baseados em investigações inconstitucionais executadas pelas Polícias Militares.

O domicílio é constitucionalmente inviolável, existindo previsão específica para o afastamento da proteção, dentre elas, a autorização judicial através do mandado de busca e apreensão domiciliar.

Conforme sustentação alhures, tratando-se de decisão judicial que represente autorização para afastamento da inviolabilidade do indivíduo, ela deve se basear em lastro de elementos convincentes que, na maioria das vezes, são colhidos no curso das investigações criminais.

Neste contexto, se a investigação de crimes comuns é atribuição exclusiva das Polícias Cíveis e Federais, autorizar a violação domiciliar com base em elementos colhidos de forma ilícita pela polícia ostensiva é manifestamente inconstitucional e fere os princípios da legalidade e da separação dos poderes, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário estender atribuição constitucional.

Autoridade Policial para o Direito pátrio é o Delegado de Polícia, integrante de carreira jurídica de Estado e com conhecimentos técnicos específicos para a condução da investigação criminal de acordo com os princípios constitucionais, servindo como verdadeiro garantidor da inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

A posição de alguns magistrados em estender o conceito de Autoridade Policial para viabilizar a concessão de mandados de busca e apreensão é ilegal, notadamente por representar interpretação extensiva de norma que restringe o direito do cidadão.

O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude de investigações de crimes comuns conduzidas pela Polícia Militar, o que demonstra a sintonia entre o ordenamento jurídico pátrio e a ordem jurídica internacional, que, cada vez mais, clama pela extinção do militarismo na polícia brasileira.

A atribuição do Delegado de Polícia para conduzir e presidir as investigações tem como escopo promover uma efetiva apuração dos fatos, em consonância aos ditames constitucionais, buscando a garantia e promoção dos direitos fundamentais do investigado e da coletividade.

Adotar procedimento diverso seria corroborar a usurpação de atribuição constitucional, maculando os elementos informativos colhidos e comprometendo um dos pilares do sistema de segurança pública que é o policiamento ostensivo, pois comportaria um desvio de forças para realizar uma investigação ilegal em detrimento do exercício regular da atividade precípua da Polícia Militar.

Assim, diante da previsão legal e constitucional da condução da investigação de crimes comuns pelo Delegado de Polícia, é manifestamente ilegal e fere a Carta Magna a autorização pelo Poder Judiciário para que a Polícia Militar investigue tais condutas e solicite a violação domiciliar do acusado, passível de anulação dos procedimentos investigativos e de sustentação de sanções internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELOS, Daniel Ferreira, **POLÍCIA CIVIL: A DISTINÇÃO ENTRE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA**, 2013, disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10408, acesso em 9 de abril de 2016
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 9 abril 2016.
- BRASIL. Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 9 abril 2016.
- BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em 9 abril 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina, 2003.
- EUA. WASHINGTON, D.C Comissão Interamericana de Direitos Humanos - Organização dos Estados Americanos: caso Arley José Escher e outros: disponível em <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.353%20Arley%20Escher%20y%20otros%20%20diciembre%202007%20PORT.pdf> acesso em 17 de abril de 2016

- FONTOURA, Natália de Oliveira; RIVERO, Patricia Silveira e RODRIGUES Rute Imanishi, Políticas Sociais: acompanhamento e Análise – Vinte Anos de Constituição. Volume 3. IPEA, 2009.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2003.
- MARIANO, Benedito Domingos. Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública. São Paulo: Perseu Abramo, 2004
- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA, Funções constitucionais das polícias militares e civis: competências de atribuições e legislativa discriminadas pela lei suprema : inconstitucionalidade da invasão das competências próprias da polícia civil determinada por resolução de secretaria estadual : opinião legal: 2011, disponível em <http://www.adepolsindep.org.br/files/Funcao-Constitucional-das-policias-Ives-Gandra.pdf> Acesso em 9 abril de 2016.
- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA A função do delegado de polícia é função pertinente à carreira jurídica – emenda constitucional que equipare subsídios a outras carreiras jurídicas públicas não fere cláusulas pétreas – parecer: 2012, disponível em <http://adpf.org.br/linhadireta/docs/Parecer-Ives-Gandra-Delegado-Carreira-Juridica.pdf> acesso em 10 de abril de 2016.
- MASI, CARLOS VELHO. O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. Jus Navigandi:2013, disponível em <https://jus.com.br/artigos/24469/o-caso-escher-e-outros-vs-brasil-e-o-sigilo-das-comunicacoes-telefonicas/> acesso em 17 de abril de 2016.
- MENDES, GILMAR FERREIRA Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva
- NETO, Augusto Cavalheiro <http://www.adepolalagoas.com.br/artigo/servico-de-inteligencia-das-policias-militares-mais-uma-ilegalidade-tolerada-na-invest-crimin> acesso em 10 de abril de 2016
- PERAZZONI, Franco. Comentários ao art. 3º da Lei 12.830/13. In: Investigação Criminal Conduzida por Delegado de Polícia – Comentários à Lei 12.830/2013. Curitiba: Juruá. 2013. pp. 217-266)
- REIS JÚNIOR, José Carvalho dos, Inconstitucionalidade da Busca e Apreensão Realizada Exclusivamente pela Polícia Militar, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/inconstitucionalidade-da-busca-e-apreensao-realizada-exclusivamente-pela-policia-militar/> acesso em 10 de abril de 2016
- SILVA, José Afonso da, Comentário contextual à Constituição, 7ª. ed., Malheiros Editores, 2010).
- TORNAGHI, Hélio. Conceito de Autoridade Policial. Parecer do Professor Doutor Hélio Tornaghi. Disponível em: <<https://blogdodelegado.wordpress.com/conceito-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/>>. Acesso em 9 abril de 2016.
- ZACCARIOTTO, José Pedro. A Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Brazilian Books. 2005

Capítulo XVII

APREENSÃO DE VALORES EM ESPÉCIE EM AEROPORTOS BRASILEIROS: CONSIDERAÇÕES E BASE LEGAL.

*Clayton da Silva Bezerra e
Giovani Celso Agnoletto^{430*}*

1 - INTRODUÇÃO

Como em todos os outros artigos, sempre se pretende aqui escrever de maneira bastante simples, numa linguagem objetiva, porém, sem deixar a conceituação jurídica de lado, propõe-se um conteúdo de fácil compreensão e que se presta tanto ao estudante quanto ao colega que labora numa Delegacia, e de maneira bastante específica, numa “Delegacia dentro de um aeroporto” e que enfrenta cotidianamente questões relacionadas ao tema proposto, neste caso, com relação à apreensão de valores em espécie.

430 Clayton da Silva Bezerra - O autor é Doutorando em Ciências Jurídica e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA, Especialista em Direito e Processo Penal – AVM-Universidade Cândido Mendes – 2008, Especialista em Direito Processual Civil – AVM Universidade Cândido Mendes - 2004, MBA em Gestão – Fundação Getúlio Vargas - 2003, Tutor da Academia Nacional de Polícia - ANP, É Delegado de Polícia Federal , Foi Gerente Operacional de Segurança Cibernética para a Copa das Confederações – FIFA 2013, Gerente Operacional de Segurança Cibernética para Encontro Mundial da Juventude - 2013, Gerente do Projeto de Segurança Cibernética no evento da Organização das Nações Unidas – ONU, Rio+20 – junho – 2012 – GEPNet, Coordenador da equipe de Polícia Judiciária Segurança Cibernética evento Rio+20 – Junho – 2012.

Giovani Celso Agnoletto - É aluno especial no Programa de Doutorado da Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo – USP, no Programa de Ciências da Comunicação, Mestre pelo Instituto Mauá de Tecnologia (área de meio-ambiente), Pós Graduado em Administração de Empresas pela ESPM-SP, Graduado em Direito pela Uniban-SP e em Comunicação Social pela ESPM-SP. É Delegado de Polícia Federal, atualmente lotado na cidade de São Paulo, já tendo atuado como Policial Civil também no Estado de São Paulo é também Oficial da Reserva de Infantaria no Exército Brasileiro.

O tema proposto é espinhoso. Afinal de contas, apreender valores em espécie, destituindo a “posse do bem” daquele que declara os valores, não pode ser feito sem que haja um mínimo de indício de ilegalidade, seja a partir do que se encontra com viajantes nacionais ou estrangeiros, tanto na entrada ou na saída do país, embora a legislação brasileira disponha de instrumentos jurídicos suficientes para fazê-lo; por outro lado, deve-se mencionar que há no imaginário jurídico uma espécie de “valor limite” de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sobre os quais, a partir deste valor, deve-se declarar e/ou comprovar a sua origem.

A origem deste limite está no artigo 65 da Lei no. 9069 de 29/06/1995 que introduziu o Plano Real (Dispõe sobre o Plano Real, (...), e dá outras providências) (grifos nossos):

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

§ 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores:

I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III - quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.

§ 2º O Banco Central do Brasil, segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre a forma, os limites e as condições de ingresso no País e saída do País de moeda nacional e estrangeira. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)

§ 3º A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.

Não é o caso de se discutir o bem tutelado ou qual o objetivo desta legislação (o espírito da lei), ainda mais, se visa ou não proteger o sistema financeiro nacional ou ainda, se busca prevenir a fuga de capitais e a consequente preservação da base monetária, evitando a desestabilização do sistema financeiro a partir da evasão de divisas, a fundamentação legal e sua justificativa não estão em questão mas busca-se neste estudo apenas discorrer sobre a base legal para que se proceda à apreensão de valores.

Tendo o “Plano Real” como definidor de valores, lá nos idos de 1995, há inúmeras possibilidades de tipificação de conduta em função da entrada ou da saída de valores em espécie, mas pelo menos três situações possíveis (dentre inúmeras outras possibilidades), as quais mais interessam a este estudo, sendo duas delas, claramente definidas, aonde não se tem muita discussão sobre como proceder, do ponto de vista de polícia judiciária (há também legislação que remonta ao ano de 1933 e que ainda está em vigor, e será tratada mais adiante):

Situação A – o viajante (nacional ou estrangeiro), quando de sua entrada, tenta introduzir valores em espécie no Brasil, fora dos limites estabelecidos em lei, sem efetuar a declaração prevista junto à Receita Federal do Brasil, buscando o canal “nada a declarar” quando de seu desembarque, porém, se for escolhido em fiscalização aleatória e são encontrados os valores “em tese” não declarados, irá incorrer no crime previsto no artigo 299 (falsidade ideológica) previsto no código penal, sem o prejuízo de outros crimes.

Situação B – o viajante (nacional ou estrangeiro), quando da sua saída, tenta levar consigo valores em espécie no Brasil fora dos limites estabelecidos em lei, sem efetuar a declaração prevista junto à Receita Federal do Brasil quando de seu embarque. Porém, se for escolhido em fiscalização aleatória e forem encontrados os valores “em tese” não declarados, irá incorrer no crime de “evasão de divisas” previsto no artigo 65 da Lei 9069/95, sem o prejuízo de outros crimes.

Dos outros crimes que eventualmente podem vir a se configurar, destaca-se “principalmente” (já que pode haver o concurso com a prática de outros tipos penais) o crime de “omissão de receita”, nos termos do consignado no art. 1º, Inciso I, da lei no. 8.137/90, ou seja, crime contra a ordem tributária.

A próxima situação é de fato a mais inquietante e tem ocorrido com bastante frequência a partir das apreensões realizadas entre os anos de 2014 a 2016 no aeroporto internacional de São Paulo (base de dados do Ministério da Justiça e da Segurança Pública).

Situação C – o viajante (nacional ou estrangeiro), quando da sua ENTRADA, tenta introduzir valores em espécie no Brasil, fora dos limites estabelecidos em lei, efetuando declaração de porte de valores, ou como está previsto na legislação em vigor, desde 2013, a “declaração eletrônica” prevista junto à Receita Federal do Brasil.

Esta é a situação que vem ocorrendo de maneira reiterada no principal aeroporto da América Latina, revelando valores que superam o montante de US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares americanos), apenas em 22 inquéritos policiais que tramitam ou tramitaram pela Delegacia da Polícia Federal daquele aeroporto, entre os anos de 2014 a 2016 (dados obtidos junto ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública).

São valores expressivos em qualquer parte do mundo e de acordo com as investigações levadas a cabo nos inquéritos que foram compulsados, em apenas um dos casos o viajante era cidadão brasileiro, nos outros casos, um era proveniente das Filipinas e todos os demais eram cidadãos provenientes do continente africano, sendo que absolutamente nenhum deles nunca havia efetuado declaração de imposto de renda pessoa física (e certamente não pretendia fazê-lo).

2 – OS INDÍCIOS DA ILEGALIDADE

O Brasil escolheu o sistema contratualista (escrito) legal para expressar todo o arcabouço jurídico que vigora no país, o sistema de normas é claro, está escrito e disponível até mesmo por internet, não só para todo e qualquer brasileiro, para todo o resto do mundo.

O povo brasileiro, através de seus legisladores, escolheu há muito tempo o caminho da preservação da dignidade humana, da preservação dos direitos e das garantias, sejam individuais ou coletivas e principalmente através da carta magna de 1988 decidiu pela concentração de todos os esforços estatais na satisfação dos legítimos interesses da sociedade; até mesmo quando se sobrepõe às minorias no interesse de todos, sem dúvida. O cidadão é desde então, o centro e o destinatário de todo o “garantismo” previsto pela Constituição (não só o que se observa no artigo 5º, mas em todos os demais) e o capítulo destinado à segurança pública vem corroborar tal assertiva.

Ainda que a sociedade venha evoluindo a passos largos, abandonando há muito, a barbárie, práticas autoritárias, perseguições, práticas ilegais e abusivas, adotando um “contrato”, que rege as normas de convivência (ordenamento jurídico de forma bastante simples), em que pese todo o desenvolvimento até então visto, ainda é certo que a vida em sociedade ainda necessita da presença do Estado (segurança pública) como forma de garantir todos os direitos até então já consolidados. Sob este prisma, estão inseridos todos os órgãos de segurança pública, que sobretudo, visam a preservação da ordem pública, proteção das pessoas, do patrimônio (público ou privado) como um dever do Estado e para tanto, as polícias em geral fazem uso do chamado “dever - poder”, que por mais paradoxal que seja, na busca da preservação de direitos, acaba por limitar direitos individuais em benefício do interesse público, ou seja, de toda a sociedade. Por isso, em nome deste interesse maior, quando a autoridade policial opta pela apreensão de valores com indícios de cometimento de crime ou de ilegalidade, tem a obrigação de fazer a sua apreensão.

De acordo com dados do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, entre janeiro de 2014 a dezembro de 2015, foram feitas no aeroporto internacional de Guarulhos, **479** prisões em flagrante por tráfico internacional de drogas (tendo a

cocaína como principal entorpecente). Deste total de prisões, entre nacionais e estrangeiros, foram presos **120** cidadãos nigerianos (sem levar em conta os demais cidadãos de origem africana), ou seja, mais de **25 % das prisões realizadas**, ocupando de maneira “isolada” o primeiro lugar por nacionalidade/país.

Apenas para que se tenha uma ideia, da enorme quantidade de prisões de cidadãos nigerianos efetuadas por tráfico internacional apenas em um único aeroporto (por país/nacionalidade), no segundo lugar, com 73 prisões aparecem os cidadãos brasileiros representando apenas **15 % do total** (dados do NO/DEAIN/SR/SP estatística de 2014/2015, fonte Ministério da Justiça e da Segurança Pública).

Estes cidadãos nigerianos são conhecidos como “mulas do tráfico”, que são cooptados em seu país e agem ao redor do mundo transportando quantidade variável de drogas (sempre cocaína) das mais diversas e “criativas” maneiras: escondidas em bagagens, dentro de equipamentos, peças metálicas, solas de sapatos, garrafas de bebidas, estátuas de pinguim, em forma de doces ou em cargas despachadas de forma dissimulada e a mais aterrorizante de todas: engolindo cápsulas de entorpecentes.

Por outro lado, para a manutenção e sobrevivência da estrutura desta organização criminoso que se dedica a intermediar a compra do entorpecente, possivelmente no exterior - já que o Brasil reconhecidamente não produz um único pé de coca - e para o transporte de entorpecentes através do Brasil para a África e para a Europa é necessário um forte suporte financeiro, haja vista a necessidade de arrematar pessoas, pagar passagens internacionais e “criar técnicas para dissimular o entorpecente”.

Em janeiro de 2016, foi deflagrada no aeroporto internacional de Guarulhos uma impressionante operação policial de repressão ao tráfico de drogas, aonde um dos principais traficantes de cocaína (cidadão nigeriano) ao ser preso reconheceu informalmente que parte do dinheiro destinado ao pagamento da droga, vem através de “portadores”.

O nigeriano preso, identificado como o “chefe da organização criminoso”, residia em um apartamento de luxo na zona leste da cidade de São Paulo e remetia grandes quantidades de droga em fundos falsos de caixas de ferramentas, exportadas para a África e Europa.

Ainda segundo ele, o intermediário (no Brasil) “cobra uma taxa” entre 7% a 10 % dos valores introduzidos com sucesso (...).

Em março de 2011, a partir de dados obtidos junto aos sistemas da Receita Federal do Brasil, foi elaborado um estudo similar pela Unidade de Inteligência daquele aeroporto, que já estimava naquela oportunidade a introdução no Brasil de uma impressionante quantidade de dinheiro em espécie:

... (sic) “Nos anos de 2008, 2009 e 2010, duas dezenas de africanos (alguns naturalizados brasileiros) trouxeram ao Brasil o equivalente a R\$ 150 milhões. No período, teriam ingressado (dados não oficiais) no país em torno de R\$ 700 milhões com todos os viajantes que declararam o porte de valores. Dessa forma, em um universo de

milhares de declarações, aproximadamente um quarto do valor total foi trazido por 23 indivíduos”(...).

De lá para cá nada foi feito, não há regulamento oficial por parte do Banco Central do Brasil, com relação à forma, controle, origem e destinação dos valores introduzidos, e fundamentalmente, não há como “seguir o dinheiro” após a sua introdução no país.

3 – COMO O DINHEIRO ENTRA “OFICIALMENTE” NO BRASIL

Como já foi mencionado anteriormente, este estudo irá se dedicar a tratar principalmente daquela situação quando o viajante procura “voluntariamente” a Receita Federal do Brasil para fazer a sua declaração de valores.

De modo bastante simples e rápido, qualquer cidadão de qualquer nacionalidade (até mesmo os nacionais), pode fazer uma declaração “eletrônica” de entrada de bens (e valores) junto à Receita Federal, que em geral, fica situada após os procedimentos de imigração e antes mesmo da inspeção aduaneira, este procedimento está previsto na Instrução Normativa RFB Nº 1385, de 15 de agosto de 2013, que instituiu a **e-DBV** (que será melhor detalhada mais à frente).

Esta declaração é feita em um dos terminais que se encontram na mencionada área restrita e para tanto o declarante se utiliza de um dos terminais e preenche a sua e-DBV:



Figura 01 – Tela e-DBV (fonte site da Receita Federal).

Após preencher o formulário eletrônico acima (que pode ser preenchido em português, inglês, francês e espanhol), o declarante solicita a impressão da sua declaração e pode ir embora (...), isso mesmo, o declarante simplesmente segue o seu destino para aonde quer que seja...

Assim, sendo, algumas questões importantes devem ser avaliadas:

- **Ausência de conferência**

Não há conferência por parte da Receita Federal com relação à declaração efetuada.

Se o estrangeiro afirma ter trazido consigo cerca de US\$ 1 milhão de dólares americanos e na verdade não trouxe nem ao menos um dólar, acaba por “legalizar” uma quantia que foge à compreensão mínima de um país que diz combater a “lavagem de dinheiro”. Por outro lado, se o estrangeiro trazer uma quantia muito superior à declarada, também não haverá qualquer tipo de conferência.

- Não há necessidade de se apresentar a **origem** ou até mesmo a **destinação** dos recursos declarados.

Não há também por parte da Receita Federal um trabalho investigativo/aduaneiro com relação à **destinação** dos recursos e principalmente, afirma que não há como saber qual a **origem** dos valores, contrariando o que está preconizado como política pública de combate à lavagem de dinheiro, através da assinatura de tratados internacionais e da Enccla.

Também não há nenhum tipo de controle com relação a entrada/saída de outros valores declarados pelo viajante, principalmente se ele efetuou a declaração em seu “ajuste anual de rendimentos”, haja vista que quando se utiliza de um documento como o CPF, “em tese”, seria muito simples e de acesso imediato à própria Receita Federal (lembrando que a Receita Federal do Brasil em decisão do STF, não necessita de quebra de sigilo para acessar a sua própria base de dados)

- Pode-se fazer a declaração utilizando apenas o passaporte.

A legislação prevê que é possível fazer a declaração com qualquer documento válido junto à Receita, podendo ser apenas o passaporte ou um número de CPF. Assim, mesmo o detentor de altas somas que frequentemente apresenta declarações de valores, **como tem sido em todos os casos**, pode se utilizar um documento que “em tese” impede qualquer tipo de controle tributário “*a posteriori*”, como uma declaração de imposto de renda, por exemplo, seja pessoa física ou jurídica, e de fato, todos afirmam (em Termo de Declarações quando são ouvidos em inquérito após as apreensões) que **não fazem qualquer tipo de declaração** seja pessoa física ou jurídica. No caso de países membros do Mercosul, aceitam-se os mesmos documentos de viagens, desde que dentro da validade.

4 – DAS APREENSÕES DE VALORES REALIZADAS PELA POLÍCIA FEDERAL

Como já foi visto anteriormente, a introdução de valores de maneira “oficial”, não é uma estratégia recente e vem ocorrendo de maneira reiterada no principal aeroporto da América Latina, há muito anos, **atingindo valores ainda não calculados** (dados protegidos por sigilo fiscal e pertencentes ao banco de dados da Receita Federal do Brasil). Porém, ao que já se tem provado, entre os anos de 2014 a 2016 (dados obtidos junto ao Ministério da Justiça e da Segurança

Pública), foram apreendidos valores de origem “suspeita” que superam o montante de US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares americanos), apenas em 22 inquéritos policiais que tramitam ou tramitaram pela Delegacia da Polícia Federal no aeroporto internacional de Guarulhos.

Além da facilidade para a introdução de valores no país sem qualquer tipo de controle, chama a atenção o fato de que apenas os 22 inquéritos avaliados, destes, apenas sete declarantes (todos estrangeiros) que tiveram valores apreendidos e estão sob algum investigação naquela delegacia, já introduziram no país cerca de **R\$ 90.000,00 (noventa milhões de reais), ou seja, estes estrangeiros vem introduzindo valores em espécie, notadamente dólares norte-americanos, de maneira reiterada**, de acordo com os dados disponíveis pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

Ao que se sabe, estes valores/dados estatísticos com relação ao montante já introduzido pelos estrangeiros devem ser vistos com ressalvas, já que as informações estão disponíveis através dos bancos de dados da Receita Federal, apenas com relação aos numerários/valores declarados desde **agosto de 2013**, mês de introdução da e-DBV e **não há dados anteriores disponíveis para consulta**, o que seguramente iria apontar para uma quantidade ainda maior, já que alguns dos estrangeiros declararam (quando de seus depoimentos) que vêm fazendo esse transporte há vários anos e nunca tiveram problemas.

4.1 – Justificativa para a introdução dos valores

De acordo com os dados obtidos após a análise dos inquéritos, após passarem pelo controle aduaneiro (e após terem feito a declaração dos numerários através do e-DBV), os 22 passageiros foram encaminhados à Polícia Federal para que seja feita uma avaliação não sob a ótica “tributária” mas “criminal” da situação; assim, foi feita uma nova análise do caso que se colocava para apreciação da autoridade policial e se for o caso, são cientificados que será feita a apreensão dos valores, qual a justificativa (base legal) que ampara tais apreensões e são “ouvidos em Termos de Declarações”, sendo que a investigação segue através de uma “Portaria”, conforme preconiza Instrução Normativa que rege os procedimentos de policia judiciária no âmbito da Polícia Federal.

Até então, os valores, que **ainda não foram conferidos**, são efetivamente contados manualmente e/ou com uso de máquina de contar valores, na presença da Autoridade, do Escrivão, do Perito, do servidor da Receita e do detentor dos valores).

Não há prisão em flagrante delito.

Em geral as histórias são frágeis e cheias de inconsistências, na verdade são inverossímeis, como também foi possível comprovar através da leitura

dos Relatórios de Missão carregados aos autos daqueles inquéritos, a partir da continuidade das investigações.

Há um dos casos em que o estrangeiro já cumpriu pena por tráfico internacional de drogas e outros dois casos com envolvimento no mesmo crime.

Dos passageiros que se utilizaram de um “CPF” como documento oficial para fazer suas declarações junto à Receita Federal (quase totalidade), estes, quando de suas oitivas, declararam que trouxeram os valores para comprar produtos e posteriormente, levá-los para os seus países de origem (sempre como bagagem, nunca como carga despachada), em geral possuem empresas e até mesmo endereço residencial no Brasil, mas na prática, residem no exterior, a única exceção é a apreensão realizada cuja destinação seria o pagamento de espaço publicitário de “televisão” destinado a uma “igreja”.

Dentre os produtos que declaram comprar estão: cabelos, sapatos, bijuterias e até mesmo “osso utilizado para enxerto ósseo dentário”.

O que chama a atenção...

Nenhum dos estrangeiros (nigerianos) soube dizer ao menos o nome de alguma das empresas nas quais afirma comprar seus produtos, endereço, contato pessoal ou telefônico, ou até mesmo apresentou qualquer nota fiscal de compra de mercadoria.

Nenhuma das histórias de cada uma das apreensões de valores se sustenta.

Além das apreensões feitas com estrangeiros de origem nigeriana, merece destaque a apreensão feita com um estrangeiro de origem filipina de prenome “Zé” (nome fictício, mas caso real).

“Zé” apesar de ter entrado no Brasil por diversas vezes, introduzindo valores (mais de R\$ 35 milhões desde agosto de 2013, com a entrada em vigor do e-DBV) com o visto de turista, não é um turista, mas se apresenta como “representante de uma igreja”, o que na prática, é uma pessoa jurídica para fins tributários.

“Zé” diz que a sua igreja possui “representação em solo brasileiro”, localizada no Estado do Rio Grande do Sul, na cidade de São Leopoldo, porém, também não apresenta o nome do responsável pelo recebimento dos valores aqui no Brasil e tampouco qual seria a razão social, endereço e o CNPJ do destinatário, seja da igreja, seja da emissora de televisão, para a qual afirma ser a destinação dos valores (dólares norte-americanos).

“Zé” não reside no Brasil embora seja a pessoa que deve explicar qual o real destino dos valores, e não em nome de terceiro ou até mesmo da igreja, ou seja, para fins tributários é ele quem detém a posse e é o efetivo declarante (tem a propriedade).

4.2 – Como é feita a troca de moeda estrangeira por Reais

Ainda de acordo com a análise dos inquéritos, questionados aonde “realizam a troca dos valores em moeda estrangeira” por Reais, tem-se como explicação diferentes maneiras de se “fazer o câmbio”: (sic) ... *troco com contrerrâneos, pago diretamente às empresas, troco no banco, troco em casas de câmbio no centro de São Paulo etc.*

Absolutamente nenhum dos estrangeiros abordados se utilizou do sistema bancário para efetuar a transferência dos valores, ou seja, “fogem” de qualquer possível sistema legal de identificação e/ou rastreabilidade dos capitais introduzidos, preferem trazer os valores em “espécie”, correndo todo o tipo de risco quando aqui desembarcam.

Também nenhum dos estrangeiros ouvidos possuía “conta corrente” junto ao sistema bancário brasileiro.

Dos 22 investigados, apenas um deles (preso por tráfico internacional de drogas), estava em investigação também junto ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras).

Toda a operação de câmbio é feita de maneira “informal”.

4.3 – Residência no Brasil x residência no exterior

Todos os estrangeiros (nigerianos) abordados afirmam categoricamente que possuem residência no Brasil, mas moram na Nigéria.

Faz parte da investigação da Polícia Federal, a consulta ao sistema de tráfico internacional do passageiro e em geral todos eles viajam regularmente fazendo a rota Nigéria – Brasil - Nigéria (existem casos em que há mais de duas viagens no mesmo mês), o que é comprovado pelas “declarações feitas” junto à Receita Federal a partir das e-DBV e apresentadas quando da ocorrência junto à Delegacia da Polícia Federal daquele aeroporto.

Ao que parece, montaram convenientemente uma aparente vida familiar no Brasil, obtiveram “permanência” (o que facilita a viagem para cá, praticamente como um nacional e o impede de ser “inadmitido”), através de algum tipo de laço previsto na legislação, seja estabelecendo matrimônio com uma brasileira, seja registrando um filho nascido aqui, que também é brasileiro.

Há casos nos inquéritos (conforme os Termos de declarações nos inquéritos instaurados) em que o estrangeiro nem sabe declarar onde estão residindo os filhos que justificaram a concessão de sua situação excepcional de “permanência”.

4.4 – Inscrição junto ao Siscomex e declaração de rendimentos (Leão)

Absolutamente TODOS os estrangeiros ouvidos nas investigações, afirmaram que **não possuíam qualquer tipo de inscrição para importação**

e/ou exportação de produtos e principalmente: NENHUM deles jamais fez qualquer declaração de imposto de renda no Brasil, como pessoa física ou como pessoa jurídica.

Essas pessoas, apesar de terem introduzido cerca de 90 milhões de reais, não existem para fins tributários.

Já é possível vislumbrar o grau de dificuldade que este tipo de investigação irá enfrentar para tentar apurar a real origem e a destinação dos valores.

5 - REPRESSÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO COMO POLÍTICA PÚBLICA

O Brasil enfrentou o desafio de criar uma política pública de repressão e combate à lavagem de dinheiro com a adoção de medidas legislativas de impacto, como é o caso da Lei de Lavagem de dinheiro.

Mesmo com a introdução da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, a “Lei de Lavagem de Dinheiro”, o sistema penal/processual/aduaneiro do Estado brasileiro parece não estar ainda apto ou até mesmo “programado” para atuar com eficiência contra a ocultação, dissimulação e utilização de instrumentos e produtos.

A legislação, além de promover o efetivo combate ao “branqueamento de capitais” no Brasil, promove consequentemente, o sequestro e perdimento dos ativos instrumentos e produtos de atividade criminosa. Seu principal objetivo é o dotar o Estado de meios para combater o crime praticado por organizações, cuja existência e atuação ultrapassam as fronteiras nacionais e independem dos indivíduos que as integravam.

Ao que parece, com o advento desta Lei de combate à lavagem de dinheiro em 1988, o Brasil estava decidido a aplicar o consenso que já se formava em vários países e organizações internacionais, no sentido de que a “asfixia patrimonial” pelo desapossamento e expropriação dos recursos materiais que constituem o “fundo de comércio” da empresa criminosa é medida tão ou mais importante que a restrição à liberdade ou outras sanções aplicáveis aos seus recursos humanos, porém, dadas as características dos casos aqui relatados através das inúmeras apreensões, não há como promover tal asfixia a **não ser pelo perdimento definitivo dos capitais.**

Vale lembrar que as principais instituições aqui envolvidas: Polícia Federal, Ministério Público Federal, Receita Federal e a Justiça Federal, também fazem parte do que ficou estabelecido como a “Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Enccla)”.

Anualmente, são estabelecidas diretrizes para o incentivo e promoção ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no país.

Vale a pena lembrar que no ano de 2015, foram estabelecidas na “XIII

Reunião Plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro” (<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>) várias ações a serem implementadas no ano de 2016, dentre elas são destacadas as ações de números 7, 8, 9 e principalmente a de número 13:

AÇÃO 7: Elaborar estudos sobre a eficácia da persecução penal em face do princípio da obrigatoriedade.

Eixo: Detecção e Punição

Objetivo Estratégico: Aumentar a efetividade do sistema de justiça

Coordenadores: DPF e MPF

Colaboradores: ADPF, Ajufe, AMB, ANPR, CNPG, CNMP, MPRI, MTPS, PC/SC e PC/SP.

AÇÃO 8 - Mapear sistemas de informação e bases de dados úteis para a prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com vistas a: (I) difusão dos resultados obtidos; (II) compartilhamento, quando possível; e (III) interoperabilidade.

Eixo: Detecção e Punição.

Objetivo Estratégico: Aumentar a efetividade do sistema de justiça.

Coordenador: SLTI/MP

Colaboradores: ADPF, AGU, Ajufe, AMPCON, Atricon, BCB, CADE, CNJ, CNMP, CGU, Coaf, Conaci, CVM, DPF, DREI/SEMPE, GNCOC, INSS, MPF, MPSP, MTPS, PGFN, PC/SP, PC/SC, Senasp/MJ, RFB, Rede-LAB, TCU e TSE.

AÇÃO 9 - Propor formatação institucional para o desenvolvimento da Avaliação Nacional de Riscos (ANR) relacionados à lavagem de dinheiro e finalizar a adequação da metodologia ARENA, para validação.

Eixo: Prevenção e Detecção.

Objetivo Estratégico: Aumentar a efetividade do sistema preventivo da lavagem de dinheiro e da corrupção.

Coordenador: COAF

Colaboradores: Abin, ADPF, Ajufe, ANPR, BCB, CGU, CJF, CNMP, CVM, DPF, DRCI/MJ, GNCOC, INSS, MPF, MRE, PGFN, RFB, Susep e TSE.

E talvez a mais importante de todas, pois se relaciona diretamente ao estudo que ora se apresenta:

AÇÃO 13 - Aperfeiçoar procedimentos e controles relativos a operações envolvendo recursos em espécie, a fim de mitigar riscos em lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos.

Eixo: Prevenção e Detecção.

Objetivo Estratégico: Aumentar a efetividade do sistema preventivo da lavagem de dinheiro e da corrupção.

Coordenador: BACEN

Colaboradores: ADPF, Ajufe, Anape, BB, CEF, CGU, CNMP, Coaf, DPF, Febraban, GNCOC, MPF, RFB.

Além das ações que a Enccla sugere a implementação, também faz “recomendações” que estão diretamente relacionadas:

Recomendações da Enccla 2016

I(...)

II) A Enccla recomenda aos órgãos e entidades integrantes da Enccla que participem das Redes, Fóruns, Articulações e Movimentos regionais de combate à corrupção;

(...)

IV) Ante a notícia de projetos de lei de regularização de valores mantidos no exterior, a Enccla recomenda ao Congresso Nacional que sejam adotadas as cautelas internacionais aplicáveis a programas da espécie, notadamente:

(I) manutenção dos mecanismos de prevenção de lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo, (II) limitação da extinção de punibilidade dos delitos fiscais e da evasão de divisas e da lavagem de dinheiro deles decorrentes, (III) admissibilidade de investigação na presença de indícios de outros delitos, (IV) manutenção da cooperação e coordenação internacional e doméstica entre os órgãos competentes.

Assim, da leitura do material disponível no site do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, depreende-se que não faltam “instituições” com responsabilidade plenamente identificada para efetivamente coibir a entrada de valores ilícitos através dos aeroportos.

6 – O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO - CONCEITO

De acordo com o texto publicado pelo Professor Márcio André Lopes Cavalcante, no site “dizer o direito”, a origem da expressão “lavagem de dinheiro” surgiu nos EUA, sendo lá chamada de “*money laundering*”.

A origem do termo remonta a cidade de Chicago, na década de 20, quando vários líderes do crime organizado abriram lavanderias de fachada nas quais superfaturavam os lucros a fim de justificar seus ganhos ilícitos e seu padrão de vida. Os criminosos, portanto, lavavam pouca roupa, mas muito dinheiro (...), em alguns países da Europa o crime de “lavagem de dinheiro” é conhecido como “branqueamento de capitais”.

O “conceito” de lavagem de dinheiro é a conduta segundo a qual a pessoa oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal com o intuito de parecer que se trata de dinheiro de origem lícita.

De maneira bastante mais simples, lavar é transformar o dinheiro “sujo” (porque oriundo de um crime) em dinheiro aparentemente lícito.

Como mencionado anteriormente, há “farta” legislação para que se promova a apreensão dos numerários declarados, porém, de maneira específica com a relação a aplicação da Lei de Lavagem de dinheiro, há que determinar algum tipo de crime antecedente que justifique a sua aplicação (ver exposição de motivos da Lei de Lavagem de dinheiro, Anexo B):

... As primeiras legislações a esse respeito, elaboradas na esteira da Convenção de Viena, circunscreviam o ilícito penal da “lavagem de dinheiro” a bens, direitos e valores à conexão com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. Gravitavam, assim, na órbita da “receptação” as condutas relativas a bens, direitos e valores originários de todos os demais ilícitos que não foram as espécies típicas ligadas ao narcotráfico. Essa orientação era compreensível, visto que os traficantes eram os navegadores pioneiros nessas marés da delinquência transnacional e os frutos de suas conquistas não poderiam ser considerados como objeto da receptação convencional.

Adveio, então, uma legislação de segunda geração para ampliar as hipóteses dos ilícitos antecedentes e conexos, de que são exemplos as vigentes na Alemanha, na Espanha e em Portugal. Outros sistemas, como o da Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos da América do Norte, optaram por conectar a “lavagem de dinheiro” a todo e qualquer ilícito precedente. A doutrina internacional considera a legislação desses países como de terceira geração. A orientação do projeto perfila o penúltimo desses movimentos.

É certo que a «lavagem de dinheiro» constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que procuram a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, dos recursos, bens e serviços que geralmente «se originam e estão conexos com transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas», como o reconhece a literatura internacional em geral e especialmente da América Latina (cf. Raul Peña Cabrera, Tratado de Derecho Penal - Trafico de drogas y lavado de dinero, Ediciones Juridicas, Lima, Peru, IV/54).

Em 09 de julho de 2012 foi publicada **uma nova lei sobre lavagem de dinheiro** (Lei nº 12.683), que não revogou a anterior, mas apenas a alterou e trouxe novos dispositivos, já que a Lei nº 9.613/98 já trazia uma lista de sujeitos obrigados ao chamado mecanismo de controle, que consiste na identificação dos clientes e manutenção de registros, além da comunicação de operações financeiras.

No que interessa a este estudo, houve, ainda, uma ampliação do conjunto das condutas puníveis. Pela lei anterior, apenas bens provenientes de alguns crimes graves descritos no art. 1º, como tráfico de drogas e terrorismo, eram passíveis de punição. Com a nova lei, a ocultação do produto de qualquer delito ou contravenção penal, por menor que seja, constitui lavagem de dinheiro.

Vale mencionar, ainda, o disposto no artigo 4º e seus parágrafos, que consiste na possibilidade de decretação de medidas assecuratórias de bens,

direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na lei de lavagem ou nas infrações penais antecedentes.

Como exemplo de técnica de investigação utilizada nos inquéritos avaliados, a partir de cooperação policial internacional com o governo da Nigéria, foi carreado aos autos de todos os inquéritos o “*Money laundering (prohibition) act, 2011*”, que tipifica de maneira clara como “crime” as ações daquele que transfere ILEGALMENTE valores ao exterior sem comunicar oficialmente ao governo nigeriano através dos canais apropriados, dentre outras ações consideradas como crime (disponível na internet).

A partir desta legislação, está identificado assim o “crime antecedente” no país de origem.

Dessa maneira, a partir do que está preconizado no artigo 7º do código penal pátrio, que trata especificamente da “extraterritorialidade”:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – (...)

II – os crimes:

que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

(...)

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) *entrar o agente no território nacional;*

b) *ser o fato punível também no país em que foi praticado;*

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

(...)

Com base na legislação aplicável...

É possível efetuar a prisão em flagrante delito por “lavagem de dinheiro” de todo e qualquer cidadão nigeriano que não tenha comprovado ter efetuado a declaração de valores quando da saída de seu país (se estiver na Nigéria), como se verá mais adiante.

7 – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ENTRADA E SAÍDA DE VALORES NO BRASIL E NA NIGÉRIA

De forma exemplificativa e não exaustiva, estão relacionados os institutos jurídicos aplicáveis à entrada e a saída de valores no Brasil, complementarmente, também é apresentada a legislação existente na Nigéria, desde 2011, conhecida como *Money Laundering (prohibition) Act*.

Os institutos são apresentados da seguinte maneira:

- Combate à lavagem de dinheiro e a organizações criminosas no Brasil;
- Combate à lavagem de dinheiro na Nigéria;
- Legislação aplicável ao controle de entrada e saída de valores no Brasil;
- Responsabilidade aduaneira e tributária.

Combate à lavagem de dinheiro e às organizações criminosas no Brasil

7. 1 – Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 – Crimes contra o sistema financeiro nacional

Esta Lei conhecida como “lei do colarinho branco”, define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.

(...)

Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

7. 2 - Lei nº 9613/98 – Lei de combate à lavagem de dinheiro

Esta Lei já mencionada anteriormente (e suas modificações) dispõe sobre “os crimes de lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências, nos seus artigos primeiro e 4º:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

(Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

(...)

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

(...)

“CAPÍTULO V - DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE”

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

(...)

“Art. 10

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

“Art. 11.

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e

b) das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

7. 3 - Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 - Combate às organizações criminosas

Esta legislação define o que vem a ser organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, e também interessa a este estudo por que irá tratar do perdimento de bens e “valores”.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

*Art. 2º Promover, constituir, **financiar** ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

(...)

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

Combate a lavagem de dinheiro na Nigéria

7. 4 – Money Laundering (Prohibition) Act, October 2011

Esta legislação combate a evasão fiscal do país, tipifica como crime a não declaração de valores acima de US\$ 10.000 na Nigéria.

A Lavagem de Dinheiro (*Prohibition*) Act de 2011 revogou a Lavagem de Dinheiro (Lei Seca) Act de 2004, prevendo, entre outras coisas, que nenhuma pessoa física ou jurídica, **salvo em uma operação executada através de uma instituição financeira autorizada**, pode fazer ou aceitar pagamentos de caixa de um montante superior N5.000,000 (cinco milhões de Nairas) ou seu equivalente, no caso de um indivíduo, ou N10.000,000 (dez milhões de Nairas) ou seu equivalente.

Qualquer transporte de dinheiro ou de qualquer título de crédito que exceda o montante de US\$ 10.000 ou seu equivalente por pessoas dentro ou fora da Nigéria deve ser declarado à repartição competente, que por sua vez, é obrigada a relatar tais declarações à CBN e da EFCC (instituições de controle monetário e fiscal da Nigéria).

Qualquer pessoa que falsamente declarar ou deixar de fazer uma declaração ao serviço da Nigéria, equivalente ao aduaneiro, incorre em crime passível de condenação a perder pelo menos 25% dos fundos não declarados ou título de crédito, ou a uma pena de prisão não inferior a dois (2) anos, ou a ambos, pena de prisão e a perda do montante não declarado (vide Anexo C).

Legislação aplicável ao controle de entrada e saída de valores no Brasil

7. 5 – Decreto nº 23.258 de 19 de outubro de 1933 - Operações de Câmbio no Brasil

Este Decreto dispõe sobre as operações de câmbio, e embora seja de 1933, ainda está em vigor e tem como objetivo:

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições contidas no art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, e atendendo a que a fiscalização bancária foi instituída no interesse do bem público, para, entre outros fins; prevenir e coibir o jogo sobre o cambio, assegurando somente as operações legítimas;

(...) Art. 1º São consideradas operações de cambio **ilegítimas** as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no país, com

quaisquer entidades do exterior; quando tais operações não transitam pelos bancos habilitados a operar em cambio, mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil.

Art. 2º São também consideradas operações de cambio ilegítimas as realizadas em moeda brasileira por entidades domiciliadas no país, por conta e ordem de entidade brasileiras ou estrangeiras domiciliadas ou residentes no exterior;

(...)

Art. 6º As infrações dos arts. 1º, 2º e 3º serão punidas com multas correspondentes ao dobro do valor da operação, no máximo, e no mínimo de cinco contos de réis (5:000\$000), nos termos do art. 5º, § 1º, letra b, da lei nº. 4.182, citada.

Parágrafo único. Àqueles que se opuserem aos exames de que trata o art. 4º, serão aplicadas as penas estatuídas no art. 70, letra a, alínea 3ª, do decreto n. 14.728, de 1921.

Art. 7º As infrações do art. 5º serão punidas com multa de dez (10) vezes o valor dos metais exportados, clandestinamente, além da perda dos que forem apreendidos no ato da exportação ou saída do país, sem prejuízo da penalidade criminal de que trata o art. 265 do Código Penal.

7. 6 - Lei nº 9.069/95 – Plano Real

Esta Lei dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)

§ 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores:

I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III - quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.

§ 2º ***O Banco Central do Brasil, segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre a forma, os limites e as condições de ingresso no País e saída do País de moeda nacional e estrangeira. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)***

§ 3º A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.

7. 7 - Lei nº 12.865 de 09 de outubro de 2013 – Regulamentos diversos

Este instituto jurídico é fruto da conversão da Medida Provisória nº 615, de 2013 em lei, estabelecendo uma série de diretrizes, em diferentes áreas e setores

da economia e da vida do país, mais conhecido como “MP Jabuti”, pois acaba por misturar temas completamente diferentes.

Para este estudo o que de fato interessa é a parte na qual: (...) altera as Leis nºs ..., 9.069, de 29 de junho de 1995, que irá modificar o artigo 65 da lei nº 9.069 que instituiu o Plano Real e fala especificamente sobre a entrada e saída de valores no Brasil:

Art. 25. O art. 65 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 65. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

(...)§ 2º O Banco Central do Brasil, segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre a forma, os limites e as condições de ingresso no País e saída do País de moeda nacional e estrangeira.

7. 8 – Resolução BACEN nº 2.524 de 30 de setembro de 1998 – Normas para declaração de porte e de transporte de moeda nacional e estrangeira

Esta Resolução do Banco Central do Brasil estabelece normas para declaração de porte e de transporte de moeda nacional e estrangeira, **tendo em vista o disposto no art. 65, parágrafo 2º da Lei nº 9.069, de 30.06.95:**

*Art. 1º As pessoas físicas que **ingressarem** no País ou dele **saírem** com recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) ou ao seu equivalente em outras moedas, nos termos do inciso III do parágrafo 1º do art. 65 da Lei nº 9.069/95, devem apresentar à unidade da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o local de sua entrada no País ou de sua saída do País, declaração relativa aos valores em espécie, em cheques e em “traveller’s cheques” que estiver portando, na forma estabelecida pelo Ministro de Estado da Fazenda.*
Parágrafo único. O viajante que sair do País com moeda estrangeira em espécie, em cheques e em “traveller’s cheques”, em valor superior ao que trata esta Resolução, pode ser solicitado a apresentar, em prazo a ser estipulado pela Secretaria da Receita Federal:

1. o comprovante de aquisição da moeda estrangeira em banco autorizado ou instituição credenciada a operar em câmbio no País pelo valor igual ou superior ao declarado; ou
2. a declaração apresentada à unidade da Secretaria da Receita Federal, quando de sua entrada em território nacional, em valor igual ou superior àquele em seu poder; ou
3. o documento que comprove o recebimento em espécie e/ou em “traveller’s cheques” por ordem de pagamento em moeda estrangeira em seu favor ou pela utilização de

cartão de crédito internacional, na hipótese de tratar-se de estrangeiro ou brasileiro residente no exterior, quando em trânsito no País.

Art. 2º As empresas habilitadas a realizar transporte internacional de valores, quando ingressarem no País ou dele saírem transportando recursos em montante superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) ou ao seu equivalente em outras moedas, nos termos do inciso III do parágrafo 1º do art. 65 da Lei nº 9.069/95, devem observar os seguintes procedimentos:

- a) o responsável pelo transporte de valores deve apresentar declaração à unidade da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o local de sua entrada no País ou sua saída do País, na forma e modelo aprovados pelo Ministro de Estado da Fazenda;
- b) o ingresso, no País, de valores em espécie, em cheques ou em “traveller’s cheques” deve ter como destinatário um banco autorizado/credenciado a operar em câmbio no País;
- c) a saída, do País, de valores em espécie, em cheques ou em “traveller’s cheques” deve ter como remetente um banco autorizado/credenciado a operar em câmbio no País.

Parágrafo único. Excetua-se do disposto neste artigo o transporte de valores até R\$3.000,00 (três mil reais) ou seu equivalente em outras moedas, por remetente ou por beneficiário.

(...)

Art. 4ª A verificação da existência de valores em espécie, em cheques e em “traveller’s cheques” que não atendam as condições e os limites previstos nesta Resolução implica sua retenção pela autoridade aduaneira, a fim de serem encaminhados ao Banco Central do Brasil para a adoção das providências cabíveis.

Art. 5º Nas situações em que for constatado o porte em espécie, em cheques ou em “traveller’s cheques”, no território nacional, de moeda estrangeira em valor superior ao equivalente a R\$10.000,00 (dez mil reais), deve a autoridade competente reter e encaminhar o montante ao Banco Central do Brasil para a adoção das providências cabíveis, quando:

- a) não for comprovada a sua aquisição em banco autorizado ou instituição credenciada a operar em câmbio no País, na forma regulamentar; ou*
- b) não tenha sido devidamente declarado à Secretaria da Receita Federal, na forma da presente Resolução; ou*
- c) não for comprovado o recebimento no País em espécie ou em “traveller’s cheques” por ordem de pagamento em moeda estrangeira em seu favor ou pela utilização de cartão de crédito internacional, na forma regulamentar.*

(...).

Art. 7º Ficam o Banco Central do Brasil e a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda autorizados a baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução.

Art. 8º Fica o Banco Central do Brasil autorizado a celebrar convênio com instituição bancária oficial com vistas a que os recursos apreendidos na forma da presente Resolução possam ficar custodiados em suas agências.

Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Responsabilidade aduaneira e tributária

7. 9 – Decreto nº 6.759 de 05 de fevereiro de 2009 – Regulamento Aduaneiro

Este Decreto, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, traz no Capítulo III, sob título “do perdimento de moeda” o **artigo 700**, que fala sobre a determinação de que a Receita Federal do Brasil DEVE OBRIGATORIAMENTE, FAZER O PERDIMENTO DE MOEDA EM SITUAÇÕES QUE FOGEM A CONFORMIDADE DA LEI:

CAPÍTULO III - DO PERDIMENTO DE MOEDA

Art. 700. *Aplica-se a pena de perdimento da moeda nacional ou estrangeira, em espécie, no valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em moeda estrangeira, que ingresse no território aduaneiro ou dele saia (Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, caput e § 1º, incisos I e II).*

§ 1º *Para fins de aplicação do disposto neste artigo, considera-se moeda nacional ou estrangeira, em espécie, somente o papel-moeda, não compreendidos os títulos de crédito, cheques ou cheques de viagem (Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, § 2º).*

§ 2º *Na hipótese de moeda encontrada em zona secundária, o perdimento referido no caput somente se aplica quando as circunstâncias tornarem evidente a tentativa de saída do País ou o ingresso no País, da moeda, por qualquer forma não autorizada pela legislação específica.*

§ 3º *Aplica-se o perdimento à totalidade da moeda que ingressar no território aduaneiro ou dele sair não portada por viajante (Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, caput, e §§ 2º e 3º).*

§ 4º *O disposto neste artigo não se aplica na hipótese em que o ingresso ou a saída de moeda esteja autorizado em legislação específica (Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, § 1º, inciso III).*

§ 5º *O perdimento de moeda não exclui a aplicação das sanções penais previstas para a hipótese (Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, § 3º).*

7. 10 – Instrução normativa RFB nº 1059 de 05 de agosto de 2013 – procedimentos de controle aduaneiro e o tratamento tributário aplicáveis aos bens de viajante.

Esta Instrução Normativa dispõe sobre os procedimentos de controle aduaneiro e o tratamento tributário aplicáveis aos bens do viajante.

Art. 1º Os bens de viajante procedente do exterior, a ele destinado ou em trânsito de saída do País ou de chegada a este serão submetidos aos procedimentos de controle aduaneiro e ao tratamento tributário estabelecidos nesta Instrução Normativa.

(...)

Art. 6º Ao ingressar no País, o viajante procedente do exterior deverá dirigir-se ao canal “bens a declarar” quando trouxer:

X - valores em espécie em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou seu equivalente em outra moeda.

§ 1º O viajante poderá ainda dirigir-se ao canal «bens a declarar», caso deseje obter documentação comprobatória da regular entrada dos bens no País.

§ 2º Nos locais onde inexistir o canal «bens a declarar» ou no caso de extravio de sua bagagem, o viajante deverá dirigir-se diretamente à fiscalização aduaneira.

§ 3º A opção do viajante pelo canal «nada a declarar», caso se enquadre na hipótese referida no inciso VIII do caput, configura declaração falsa, punida com multa correspondente a cinquenta por cento do valor excedente ao limite de isenção para a via de transporte utilizada, sem prejuízo do pagamento do imposto devido, em conformidade com o disposto no art. 57 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

CAPÍTULO III - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I - Da Conferência Aduaneira

Art. 13. A conferência aduaneira é um procedimento que tem por finalidade identificar o viajante e verificar seus bens.

§ 1º Para identificação, o viajante deverá, quando solicitado pela fiscalização aduaneira, **apresentar passaporte ou documento de identidade**.

§ 2º A verificação dos bens do viajante se destina a qualificá-los, quantificá-los e valorá-los, a determinar o tratamento aduaneiro e tributário aplicáveis e a confirmar o atendimento à legislação vigente.

§ 3º A verificação a que se refere o § 2º poderá:

*I - ser efetuada de **forma indireta**, inclusive com a utilização de registros de imagens dos bens, obtidos por meio de equipamento de inspeção não-invasiva; e*

II - abranger a totalidade dos volumes trazidos pelo viajante.

§ 4º O Coordenador-Geral da Coana e os chefes das unidades da RFB de despacho poderão, respectivamente, estabelecer critérios de seleção nacionais e locais para a realização dos procedimentos estabelecidos neste artigo.

7. 11 – Instrução normativa RFB nº 1385 de 05 de agosto de 2013 – e-DBV

Esta Instrução normativa, dispõe sobre a Declaração Eletrônica de Bens de Viajante (e-DBV), sobre o despacho aduaneiro de bagagem acompanhada, **sobre o porte de valores**, altera a Instrução Normativa RFB nº 1.059, de 2 de agosto de 2010, e dá outras providências.

(...)Art. 2º O viajante que ingressar no território brasileiro e estiver obrigado a dirigir-se ao canal “bens a declarar”, nos termos do disposto no art. 6º da Instrução Normativa nº 1.059, de 2010, deverá declarar o conteúdo de sua bagagem mediante o programa Declaração Eletrônica de Bens de Viajante (e-DBV) disponibilizado no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) na Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br; e apresentar sua e-DBV para registro e submissão a procedimentos de despacho aduaneiro no local alfandegado de entrada no País, como condição para a liberação dos bens nela declarados.

§ 1º A e-DBV estará disponível nos idiomas português, espanhol, inglês e francês, no endereço eletrônico referido no caput, que poderá ser acessado pelo viajante em qualquer momento ou no terminal de autoatendimento disponibilizado pela unidade da RFB que *jurisdiciona o local de ingresso no País ou de saída dele.*

I - 30 de novembro de 2013, para viajantes em transporte aéreo ou marítimo; e

II - 31 de agosto de 2015, para os viajantes nos demais modais de transporte. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1456, de 10 de março de 2014)

§ 3º A e-DBV somente produzirá efeitos tributários a partir do seu registro pela fiscalização aduaneira, que deverá ser solicitado pelo viajante na data e local de sua chegada no País.
§ 4º A fiscalização aduaneira somente poderá registrar a e-DBV após a confirmação de identidade do viajante por meio de documento oficial de identidade.

(...)

CAPÍTULO III - DO PORTE DE VALORES

Art. 7º O viajante que ingressar no País ou dele sair com recursos em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente em outra moeda, também deverá declará-los para a RFB mediante registro da e-DBV.

Art. 8º O viajante deverá apresentar-se espontaneamente à fiscalização aduaneira na área destinada à realização do controle de bens de viajante, antes do início dos procedimentos fiscais, requerer o registro da correspondente e-DBV transmitida e manifestar que está portando valores em espécie, para fins de verificação.

Art. 9º A e-DBV somente produzirá efeitos para comprovar a regular entrada no País, ou a saída deste, de valores em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, após a realização da verificação a que se refere o art. 8º.

§ 1º A verificação será efetuada pela fiscalização aduaneira, na unidade da RFB que jurisdicione o porto, aeroporto ou ponto de fronteira alfandegado em que esteja ocorrendo a entrada ou a saída do viajante.

§ 2º Para a verificação da exatidão da e-DBV, por ocasião da saída de viajante do País, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - comprovante de aquisição da moeda estrangeira em banco ou instituição autorizada a operar câmbio no País, em valor igual ou superior ao declarado, ou, no caso de apresentação da declaração em formulário impresso nos termos do art. 10, quando da entrada no território nacional, em valor igual ou superior àquele em seu poder; e
II - comprovante do recebimento, por ordem de pagamento em moeda estrangeira em seu favor, ou de saque mediante a utilização de cartão crédito internacional, na hipótese de estrangeiro ou brasileiro residente no exterior em trânsito no País.

§ 3º A verificação da exatidão das informações de valores prestadas na e-DBV por ocasião da entrada de viajante no País deverá ser efetuada antes da sua saída do recinto alfandegado correspondente.

§ 4º Verificada a exatidão das informações prestadas na e-DBV, a fiscalização aduaneira deverá atestá-las eletronicamente no sistema e-DBV.

(...)

Art. 11. A inobservância das disposições contidas nos arts. 7º ao 9º acarretará, além das sanções penais previstas na legislação específica, a perda do valor excedente, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e dos arts. 700 e 777 a 780 do Decreto nº 6.759, de 2009 (RA/2009).

7. 12 – Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional

Esta lei, institui o denominado Código Tributário Nacional e dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

TÍTULO II - Competência Tributária

CAPÍTULO I - Disposições Gerais

Art. 6º A atribuição constitucional de competência tributária compreende a

competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei.

*Art. 7º **A competência tributária é indelegável**, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.*

(...)Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

SEÇÃO II - Leis, Tratados e Convenções Internacionais e Decretos

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I ... a VI e parágrafos (...);

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

7. 13 – Resolução nº 3.265, de 29 de maio de 2008 – Mercado de Câmbio (revogada em parte)

Esta Resolução foi REVOGADA EM PARTES e não há nova disposição que regulamente de maneira clara os limites para a entrada e saída de valores em moeda nacional e/ou estrangeira, porém, há previsão de maneira clara de quem poderia operar no mercado de câmbio, das autorizações e da necessidade de estabelecer um “projeto para combater a lavagem de dinheiro”, porém, sempre com critérios claros e objetivos estabelecidos:

Art. 1º Estabelecer que o Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes e o Mercado de Câmbio de Taxas Livres ficam reunidos no Mercado de Câmbio, cujo funcionamento obedece ao disposto nesta Resolução e em regulamento a ser instituído pelo Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. O Mercado de Câmbio engloba as operações de compra e de venda de moeda estrangeira, as operações em moeda nacional entre residentes, domiciliados

ou com sede no País e residentes, domiciliados ou com sede no exterior e as operações com outro instrumento cambial, realizadas por intermédio das instituições autorizadas a operar no Mercado de Câmbio pelo Banco Central do Brasil.

CAPÍTULO I - Das autorizações para a prática de operações no Mercado de Câmbio

Art. 2º As autorizações para a prática de operações no Mercado de Câmbio podem ser concedidas pelo Banco Central do Brasil, a bancos comerciais, bancos múltiplos, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades corretoras de câmbio ou de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, agências de turismo e aos meios de hospedagem de turismo

Art. 4º Para ser autorizada a operar no Mercado de Câmbio, a instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional deve:

I - possuir capital realizado e Patrimônio de Referência (PR) não inferiores aos limites mínimos estabelecidos pela regulamentação específica, mantendo-os atualizados enquanto vigorar a autorização concedida pelo Banco Central do Brasil;

II - designar, entre os administradores homologados pelo Banco Central do Brasil, o responsável pelas operações relacionadas ao Mercado de Câmbio;

III - apresentar projeto, nos termos a serem fixados pelo Banco Central do Brasil, indicando, no mínimo, os objetivos operacionais básicos e as ações desenvolvidas para assegurar a observância da regulamentação cambial e para prevenir e coibir o crime de lavagem de dinheiro e outros crimes tipificados na Lei 9.613, de 3 de março de 1998. (Redação dada pela Resolução 3.356, de 31/03/2006.)

8 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, por todo o anteriormente exposto, algumas considerações são necessárias acerca do controle e saída de valores nos aeroportos do Brasil. Além disso, ao final deste estudo, são apresentadas algumas sugestões para aprimorar e controlar de maneira efetiva, os valores em espécie, quando da sua entrada e/ou de sua saída do país, seja através de cidadãos nacionais, seja através de estrangeiros.

Vejamos:

- O declarante que preenche a e-DBV, declara a posse e a propriedade de valores, consequentemente, há que se fazer um controle tributário sobre a sua declaração que hoje não ocorre;
- Em geral, a partir dos inquéritos compulsados, quando o estrangeiro interpõe um Mandado de Segurança para a liberação dos valores, o faz sempre “em nome próprio”, assim, confirma ter não só a posse, mas também a propriedade, o que reforça a tese de que deve efetivamente prestar informações ao fisco, através da declaração de imposto de renda física e/ou jurídica (crime contra a ordem tributária Lei nº 8.137/90);
- Existe legislação aplicável para coibir a entrada e/ou saída de valores de origem suspeita ou com destinação indeterminada;

- No caso de cidadãos nigerianos, há legislação que tipifica como crime “antecedente” a não declaração dos valores (embora ainda haja investigação em curso, procurando o liame com organizações criminosas e tráfico internacional de drogas);
- Existe legislação aplicável para se efetuar a prisão em flagrante delito pelo cometimento do crime de lavagem de dinheiro, com relação a cidadãos nigerianos que não cumprem as regras estabelecidas na Nigéria;
- A Receita Federal tem por obrigação efetuar o “controle, conferência e retenção” dos valores declarados acima dos limites previstos, embora não o faça;

Para que se possa haver um efetivo combate à lavagem de dinheiro, ou até mesmo, criar e robustecer mecanismos de controle financeiro e de controle aduaneiro/tributário dos valores apresentados à Receita Federal, urge que algumas questões sejam efetivamente “enfrentadas” pelas instituições responsáveis. Por isso, seguem algumas sugestões:

1. Estabelecimento de um Grupo de Trabalho para que se definam claramente os valores para entrada e saída do Brasil, envolvendo: a Polícia Federal, a Receita Federal, o Ministério Público Federal, a Justiça Federal e o Banco Central do Brasil, através de “norma complementar” (lembrando que já há um fórum existente que “em tese” promove e fomenta tal discussão que é a Enccla);
2. A partir do que foi estabelecido na Enccla (ação 13), sob a coordenação do Bacen, promover em caráter de urgência a regulamentação através de “norma complementar” dos valores, de acordo com o que foi previsto na Lei do Plano Real, e que ainda não aconteceu, vigorando a norma como estabelece o artigo 65.
3. Apreensão também por parte da Receita Federal de ativos com origem suspeita e a continuidade das investigações por parte da Polícia Federal em todos os aeroportos internacionais do Brasil;

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, J. Guilherme de. A justiça administrativa no Brasil. Cadernos de Administração Pública. Rio de Janeiro: EBAP, 1955.
- ABNT. NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação: modelo de artigo científico. Versão comentada. ANPNET. Brasília, 2014.
- BITNER, Egon. Aspectos do trabalho policial. Ford Foundation/Edusp, Serie Policia e Sociedade – NEV – Núcleo de Estudos da Violência, 2002, volume 08.
- Brasil. Presidência da República. Manual de redação da Presidência da República / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002.
- Código de Processo Penal brasileiro. www.planalto.gov.br. 2016

Código Penal brasileiro. www.planalto.gov.br. 2016

HUBNER, Maria Martha. Guia para elaboração de monografias e projetos de dissertação de Mestrado e Doutorado. São Paulo. Pioneira/Thomson Learning. 2002.

INTERNET

<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/01/pf-deflagra-operacao-big-boss-e-prende-trafficantes-em-sao-paulo>

<https://www.edbv.receita.fazenda.gov.br/edbv-viajante/pages/selecionaracao/selecionaracao.jsf#>

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idato=44862>

<http://enccla.camara.leg.br/acoes>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro-e-suas-implicacoes-praticas,40911.html>

<http://www.dizerodireito.com.br/2012/07/comentarios-lei-n-126832012-que-alterou.html>

<http://www.europe-consommateurs.eu/en/consumer-topics/buying-of-goods-and-services/cash-payment-limitations/>

<http://www.aeroporto guarulhos.net/dicas-de-viagem/como-levar-dinheiro-para-o-exterior-conheca-as-melhores-formas>

<http://viagem.decaonline.com/alfandega-valores-maximos-mercadorias-permitidas/>



O projeto “Doutrina e Prática – A visão do Delegado de Polícia” cresceu (!) e além da coleção de livros que apresenta uma série de temas atuais no cenário da segurança pública brasileira, apresenta a você leitor, o Programa de rádio Polícia cidadã.

O programa de rádio Polícia cidadã vai ao ar diariamente, das 11:00 as 12:00 e você pode ouvi-lo acessando a home page www.policiacidada.com.br através do seu computador, em casa, no trabalho, ou até mesmo no seu telefone celular, bastando apenas ter acesso a uma conexão de internet, seja através de uma rede em banda larga ou por wi-fi.

Programa de rádio Polícia cidadã que você acessa através do site www.policiacidada.com.br (do computador ou do celular)

www.policiacidada.com.br