

# DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

## DA BUSCA E DA APREENSÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

**CLADEMIR MISSAGGIA**

Juiz de Direito/RS

**Sumário:** 1. Aspectos gerais. A distinção entre a busca e a apreensão. Natureza jurídica e finalidade das medidas. 2. Modalidades de busca. 2.1 Busca pessoal. 2.1.1 A busca em mulher. 2.2 Busca domiciliar. 2.2.1 Noções gerais e aspectos históricos da proteção domiciliar. 2.2.2 Âmbito de proteção. 2.2.2.1 As pessoas físicas. 2.2.2.2 As pessoas coletivas. 2.2.2.3 A busca em escritório de advocacia e em outros lugares protegidos pelo sigilo. 2.2.2.4 A busca nos meios de transportes. 2.2.2.5 Os casos de imunidade à jurisdição. 2.3 Pressupostos da ingerência. 2.3.1 Legalidade e jurisdicionalidade. 2.3.1.1 As exceções à reserva de decisão jurisdicional. 2.3.1.1.1 Consentimento. 2.3.1.1.2 Prisão em flagrante e crime permanente. 2.3.1.1.3 Desastre e prestação de socorro. 2.3.1.1.4 Estado de defesa e Estado de sítio. 2.3.1.1.5 Comissões Parlamentares de Inquérito. 2.3.1.1.6 A ordem de prisão, citação, intimação ou notificação. 2.3.2 Fundadas razões, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. 2.3.3 Fundamentação. 3. Questões procedimentais da busca e da apreensão. 3.1 Oportunidade, iniciativa, sujeitos ativos e passivos da busca. 3.2 Prazo e horários para realização da diligência. 3.3 A execução da medida. 3.4 Requisitos do mandado de busca. 3.4.1 O rol do art. 240, § 1º, letras "a" a "h", do CPP. 3.5 Busca em circunscrição judiciária alheia. 3.6 O controle "a posteriori" da atuação da autoridade executora. A garantia do contraditório. 3.7 Impugnação da decisão prolatada em sede de busca e apreensão. 4. Denúncia anônima. 5. O valor da prova colhida com violação das regras da busca e apreensão.

## 1. ASPECTOS GERAIS.

A DISTINÇÃO ENTRE A BUSCA E A APREENSÃO.  
NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DAS MEDIDAS

A busca e a apreensão, no processo penal, caracterizam-se como medidas judiciais ou de polícia judiciária<sup>1</sup> restritivas de direitos fundamentais (domicílio, propriedade, posse, intimidade, sigilo) não sujeitas, necessariamente, aos pressupostos das medidas cautelares, ou seja, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, cuja finalidade consiste, no caso da busca, em descobrir coisas, pessoas ou indícios do fato investigado<sup>2</sup>, para apreendê-los (ou registrá-los) ou prendê-las e, no caso da apreensão, em assegurar elementos que importam à instrução. As medidas têm natureza multifuncional e não são reconduzíveis às tradicionais categorias da dogmática processual. Por isso, são desnecessárias e de pouca utilidade prática às discussões sobre o seu enquadramento como meio de prova, instrumento de obtenção de prova ou, por fim, coação processual penal lícita.<sup>3</sup>

A doutrina procura identificar a natureza jurídica e a finalidade dos institutos ou categorias jurídicas, na intenção de aclarar sua inteligibilidade, para facilitar a interpretação e aplicação das normas, em uma perspectiva de segurança jurídica. Assim, a partir de princípios concebidos *a priori* da experiência jurídica, poderão ser retiradas as mesmas conclusões para institutos análogos ou identificados por uma determinada “natureza jurídica”.

No caso, se os institutos em exame parecem não se subsumir integralmente a quaisquer dos institutos anteriormente citados, nem por isso se pode pensar que são inteiramente rebeldes a qualquer sistematização. A partir da identificação dos pressupostos de ingerência nos direitos fundamentais, ter-se-á em mãos um importante

<sup>1</sup> Todo o ato praticado pela autoridade policial que implica restrição de direito fundamental é submetido ao exame judicial (princípio da jurisdicionalidade).

<sup>2</sup> Há indícios de fatos que se constituem em vestígios que não podem ser materialmente apreendidos, mas registrados através de fotografias ou outro meio. A busca, por exemplo, pode ser determinada para que sejam colhidas (art. 6º, III, do CPP) as impressões digitais em determinados objetos. A busca pode ser realizada no interesse da defesa (art. 240, § 1º, “e”, do CPP), daí que a locução “fato investigado” não pretende só significar investigação de fato para subsidiar a acusação.

<sup>3</sup> Ver a excelente resenha crítica da problema na extraordinária monografia de Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, Da busca e da apreensão no processo penal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1.999, p. 96-110 e 193-208.

instrumento para a obtenção de conclusões mais racionais e coerentes, que respeitem os postulados básicos do Direito (a justiça e a segurança jurídica).

A distinção entre a busca e a apreensão é uma realidade incontornável. Embora subjacente à busca uma intenção de apreensão ou prisão da coisa ou pessoa investigada ou apropriação de indícios do fato investigado, a busca e a apreensão são noções que não se confundem, pois guardam uma certa autonomia e, às vezes, caracterizam-se como medidas absolutamente independentes.<sup>4</sup> Assim, para o processo penal, deve ser relativizada a afirmação de Pontes de Miranda', no sentido de que ocorreu com o conceito "busca e apreensão" uma fusão semântica, de modo a formar um novo conceito unitário, à semelhança com o conceito de "perdas e danos" e que "não representa dois atos autônomos, posto que haja dois atos".<sup>6</sup>

Poderá ocorrer busca sem apreensão e apreensão sem busca, sem que se possa falar, em consequência, de ilegalidade de quaisquer das medidas. A busca sem a apreensão, v.g., pode ocorrer quando a finalidade da diligência se frustra devido à ausência da coisa ou pessoa.<sup>7</sup> A autoridade policial deverá, por outro lado, mesmo na ausência de mandado judicial, apreender as coisas relacionadas com o crime, seja

---

<sup>4</sup> Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo (op. cit., p. 88). v.g., entende que busca e apreensão são dois institutos autônomos. A autora traz informações de direito comparado demonstrando que vários países não fundiram os institutos. Nesse artigo, entretanto, os institutos serão tratados conjuntamente, pois ainda restam algumas dúvidas da efetiva independência. A tese da existência da autonomia absoluta entre os institutos que autorize, cientificamente, um tratamento separado, contradita com o argumento de que a busca tem uma finalidade que não se esgota no descobrir o objeto da investigação e relacionado a *persecutio criminis*, já que o apreender está na intencionalidade do instituto. Não se defere uma ordem de busca para apenas "descobrir" algo, mas para apreender (ou coletar), embora a busca negativa não implique invalidar a ordem e sequer a descaracterize. A apreensão da coisa ou da pessoa vítima, a prisão de acusados ou coleta de indícios constitui-se na própria *ratio* da busca. De qualquer modo, caso necessário, far-se-á as devidas distinções, especialmente quando estas implicarem consequências práticas diversas.

<sup>5</sup> Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo XII. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 217.

<sup>6</sup> No mesmo sentido, ver Ovídio A. Baptista da Silva, Do processo cautelar, Porto Alegre, Lejur, 1995, p. 391.

<sup>7</sup> A circunstância da inexistência do êxito da incursão não retira a legalidade da medida, que deve estar caracterizada, *a priori*, ou seja, na ocasião da decisão restritiva.

na hipótese de delito praticado em local público ou em local privado<sup>8</sup> (art. 6º, II, do CPP). Poderá ocorrer, outrossim, apreensão sem busca quando aquele que dispõe da posse da coisa a entrega espontaneamente à autoridade policial ou judicial.<sup>9</sup> A apreensão, entretanto, será ilegal e sem eficácia para fins probatórios se aquele que entregou a coisa à polícia ou em juízo a obteve mediante ação ilícita (v.g., violação do domicílio, coação, violência física).

Não obstante a autonomia relativa dos procedimentos, a ilegalidade da busca implicará ilegalidade da apreensão.<sup>10</sup> A ilegalidade da apreensão poderá ocorrer mesmo quando a autoridade policial tenha autorização judicial para a busca, como ocorre nas hipóteses de coação ao morador para que este lhe mostre o paradeiro da coisa.

A busca não se confunde com outros institutos do processo penal como a vistoria judicial, a perícia e o reconhecimento de coisa ou pessoa. A vistoria consiste na inspeção que faz o juiz sobre circunstâncias controversas pelas partes, as quais submete aos seus sentidos, sem qualquer intermediação. A perícia ocorre quando é necessário examinar determinado fato, que dependa da intervenção essencial de *expert*, para o qual o juiz não esteja habilitado. O ato processual de reconhecimento de coisa ou pessoa é realizado para que seja certificada a identidade de pessoa ou coisa, para distingui-las de outras.

## 2. MODALIDADES DE BUSCA

### 2.1 Busca pessoal

A busca pode ser *pessoal* (revista) ou *domiciliar* (varejo). Ocorre a busca pessoal quando a medida visa a apreender objetos ou registrar sinais encontráveis na própria pessoa ou na esfera de custódia de que o acompanha – art. 240, § 2º, do CPP – (nos objetos que a pessoa carrega ou porta, v.g., bolsa).

<sup>8</sup> A legalidade da apreensão, nesse caso, pressupõe a entrada lícita no caso de flagrante delito ou com base nas demais hipóteses que a Constituição autoriza (art. 5º, XI, da CF/88).

<sup>9</sup> Nessa hipótese, a autoridade deverá lavrar auto de apresentação e de apreensão.

<sup>10</sup> Exemplo dessa assertiva é a apreensão com infração a regra do art. 249 do CPP, ou seja, na hipótese da busca pessoal em mulher realizada por homem, quando esta poderia ser realizada de modo diverso.

O regime jurídico da busca pessoal difere em alguns aspectos do regime jurídico da busca domiciliar, à medida que *independentemente de mandado* (art. 242 do CPP) “no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Nos demais casos, a busca pessoal deverá ser realizada através de mandado. A busca domiciliar, ao contrário, não dispensará o mandado, salvo nas hipóteses das exceções constitucionais.

A busca pessoal exige que haja a *fundada suspeita*.<sup>11</sup> A busca assim efetuada, com ou sem mandado judicial, exige que estejam presentes os motivos razoáveis, ou seja, motivos ancorados em fatos, de que a pessoa esconda algo em seu corpo ou pertence, o que não significa que uma busca negativa seja ilegal.

A busca realizada sem mandado judicial deverá ser comunicada à autoridade judicial. A busca sem mandado, no caso de prisão, e determinada no curso da busca domiciliar (art. 244 do CPP), deve submeter-se à exigência da *fundada suspeita*,<sup>12</sup> sob pena de ilegalidade, pois não é o fato da realização da busca domiciliar que permite a busca pessoal, mas a suspeita, baseada em fatos, de que a pessoa esconda algo no corpo ou nos pertences que porta.

O responsável pela operação poderá determinar a busca pessoal, não havendo necessidade de estar presente a autoridade policial (delegado de polícia). Segundo o entendimento da doutrina, o mandado judicial estará dispensado quando a busca for realizada pela autoridade judiciária e quando houver o consentimento do revistado.<sup>13</sup>

A autoridade judicial não poderá realizar pessoalmente a busca e também não poderá determiná-la *ex officio*, conforme permite a lei.<sup>14</sup> Em

<sup>11</sup> A expressão é usada no art. 240, § 2º e no art. 244 do CPP.

<sup>12</sup> A busca realizada em “blitz” policial é ilegal. Ver Paulo Márcio da Silva, “Da ilegalidade da busca realizada em “blitz” policial”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 26 (3):6, fevereiro de 1995.

<sup>13</sup> Ver especialmente Cleunice Pitombo, op. cit., p. 136.

<sup>14</sup> A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, faculta ao juiz efetuar pessoalmente as diligências que impliquem quebra do sigilo (art. 3º). Esse dispositivo teve a oportuna crítica da prof. Ada Pellegrini Grinover – “Que juiz inquisidor é esse?” Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 30, junho de 1995 –, à medida que recomendou aos juízes negar-se a cumprir o dispositivo porque viola a imparcialidade e o devido processo legal: “Os juízes brasileiros devem negar-se a cumprir o dispositivo, justificando perante o Tribunal sua

qualquer dessas hipóteses haverá flagrante violação do princípio da acusação (ou acusatório) expresso no art. 129, I, da CF. De qualquer modo, já que a práxis o admite, o magistrado não poderá atuar no processo, sob pena de nulidade.

A busca pessoal sofre os limites expressos na legislação brasileira,<sup>15</sup> cujas regras tutelam a integridade física e moral, o que não impede o uso de meios mecânicos e outros para a descoberta, inclusive nas partes íntimas do corpo, respeitadas a dignidade da pessoa e as exigências da proporcionalidade, ou seja, os interesses da *persecutio criminis* devem ser ponderados com os princípios da inviolabilidade física, moral e intimidade.

A busca pessoal não pode ser confundida com as “intervenções corporais”, com fins probatórios, para colher material para exames de laboratório (v.g., exame de DNA e alcoolométricos).<sup>16</sup>

---

posição, em face de sua evidente inconstitucionalidade, que põe em sério risco a imparcialidade, atributo essencial do exercício da função jurisdicional”. Sobre a inconstitucionalidade, ver, mais pormenorizadamente, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Crime Organizado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>15</sup> Art. 5º da CF: “III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: “Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”; CP: “Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

<sup>16</sup> No plano do Direito privado brasileiro, a questão tem sido resolvida sob a perspectiva processual. Nesse sentido, invoca-se a seguinte decisão do STF: “EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (H.C. 71.373/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – 10/11/1994, DJ 22.11.96 – p. 45.686)”. Para o processo penal a solução não pode ser idêntica em face do princípio da presunção de inocência e da prerrogativa da não auto-incriminação. Tratando-se de crimes graves, para provar fatos relevantes, seja no interesse da acusação ou no interesse da defesa – respeitado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – é correta a posição de determinar a condução para exame de sangue ou para outras ingerências corporais mesmo contra a vontade do imputado, desde que inexistente o perigo de vida ou para a saúde. Sobre as intervenções corporais, ver Gomes Filho, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 118-9.

A busca pessoal, ao contrário da busca domiciliar, cumpre ainda uma função probatória.<sup>17</sup>

Não há lugar para as buscas pessoais nas pessoas imunes à jurisdição, como, v.g., os agentes diplomáticos.

O regime da busca domiciliar deve ser aplicado à busca pessoal no que for compatível. Ademais, a pessoa investigada poderá solicitar a presença de pessoa da sua confiança para acompanhar a revista, não obstante a inexistência de norma expressa.

Por fim, é de salientar-se que a “apreensão” da vítima é possível quando esta não se dispõe, espontaneamente, v.g., no caso de ação penal pública incondicionada e em casos de crimes graves, a submeter-se ao exame de corpo de delito.<sup>18</sup>

### 2.1.1 A busca em mulher

Dispõe o art. 249 do CPP que a busca em mulher será realizada por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência. O art. 4º, “b”, da Lei nº 4.898, de 9.12.65 trata como abuso de autoridade o fato de “submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”.

A norma, compreendida sistematicamente e conforme a Constituição, não permite outra conclusão senão a de estender sua imanente intencionalidade às hipóteses em que mulheres devam proceder revistas em homens. Neste caso, não há uma desigualdade material a permitir, legitimamente, a desigualdade formal.

As expressões “retardamento” ou “prejuízo” da diligência, a que refere a norma, não bastam em si para permitir a exceção, ou seja, o padrão é a idéia de *irreversibilidade* e só neste caso haverá o cumprimento da exigência da proporcionalidade. O prejuízo e a demora justificadores da exceção legal hão de ser irreparáveis e deverão acarretar o perecimento do direito.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Conso, Giavanni e Grevi, Vittorio. Commentario breve al Codice di Procedura Penale. Padova, Cedam, 1987, p. 954.

<sup>18</sup> Poder-se-ia cogitar da inconstitucionalidade da apreensão da vítima em face do princípio da “intangibilidade do corpo”. Respeitadas às exigências do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, entretanto, a apreensão poderá ser valorada quando importa para os interesses da defesa ou mesmo no interesse da acusação para consecução do exame de corpo de delito em crimes graves, especialmente. O ato de apreensão da vítima é submerido ao regime da busca domiciliar quando ela se encontrar em casa.

<sup>19</sup> Neste sentido, Cleunice Pitombo, op. cit., p. 142.

## 2.2 Busca domiciliar

### 2.2.1 Noções gerais e aspectos históricos da proteção domiciliar

O direito à inviolabilidade do domicílio, de forma mais ou menos categórica, sempre foi reconhecido, mas somente a partir dos “movimentos da Ilustração” é que se conferiu a ele uma feição mais individual, vale dizer, no sentido de pôr seu fundamento na própria pessoa. O primeiro reconhecimento do direito à inviolabilidade do domicílio na perspectiva do indivíduo ocorreu na Inglaterra liberal, antes mesmo que a Revolução Francesa o normativizasse.<sup>20</sup> Os cidadãos ingleses, desde então, podiam dizer: “*my house is my castle*” e Lord Chatam, no Parlamento inglês, o reverenciou com as seguintes e significativas palavras:

“O mais pobre dos homens pode desafiar na cabana as forças da Coroa. Embora a moradia ameace ruína, ofereça o teto larga entrada à luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de toda a casa o seu ludíbrio, não importa: acha-se garantida a choupana humilde contra o Rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquele miserável reduto”.<sup>21</sup>

O princípio da inviolabilidade de domicílio está expresso no art. 5º, inc. XI da CF/88. Trata-se de uma particularização do princípio geral de liberdade física, ou seja, do direito de ir e vir. A “inviolabilidade do domicílio é, pois, *liberdade física espacializada*” e “*espacialização do direito de ficar, integrante, por sua vez, da liberdade física*”.<sup>22</sup> Não obstante a referência à expressão “casa”, a *ratio* da norma constitucional, que garante a inviolabilidade de domicílio, não se vincula à noção de propriedade, mas sim ao princípio geral de liberdade e ao próprio direito à intimidade.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Para um exame histórico, numa perspectiva mais ampla, ver, por todos, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1993.

<sup>21</sup> Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 206.

<sup>22</sup> Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo V. Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 177 e 182.

<sup>23</sup> Segundo Dinorá Grotti (op. cit., p. 167): “De início, a inviolabilidade do domicílio objetivava garantir a segurança individual; mais recentemente, apresenta-se como um dos aspectos da proteção do direito à intimidade e até mesmo como um desdobramento da própria personalidade”.

O art. 150, § 4º do CP, ao definir que a expressão “casa” compreende “qualquer compartimento habitado”, o “apartamento ocupado de habitação coletiva” e o “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, indica a idéia de **exclusividade** como noção essencial do conceito.

## 2.2.2 Âmbito de proteção

### 2.2.2.1 As pessoas físicas

O titular da proteção constitucional não é apenas o proprietário residente, mas qualquer pessoa que disponha de residência, não importando as relações jurídicas subjacentes (v.g., comodato, locação, usufruto) ou que sejam habitações precárias, como barracas de nômades, construídas em espaço público ou não.<sup>24</sup>

Não é relevante, outrossim, que a posse seja injusta, ou seja, clandestina, violenta ou precária.

<sup>24</sup> Brillante decisão foi prolatada pelo Ministro CELSO DE MELLO no pedido de SUSPENSÃO DE SEGURANÇA (SS- 1203/DF, DJU de 15-09-97, p. 44222), onde reconheceu que simples “barracos” também estão protegidos pela inviolabilidade de domicílio, ao indeferir a suspensão de decisão liminar do juízo *a quo*, baseada no argumento de que o “poder de polícia” e o princípio da auto-executoriedade dos atos da administração pública devem respeitar a garantia da inviolabilidade de domicílio: “O respeito (sempre necessário) à garantia da inviolabilidade domiciliar decorre da limitação constitucional que restringe, de maneira válida, as prerrogativas do Estado e, por isso mesmo, não tem o condão de comprometer a ordem pública, especialmente porque, no caso, como já enfatizado, as liminares em referência não impedem o Governo do Distrito Federal de exercer, com regularidade, o poder de polícia que lhe é inerente, circunstância esta que lhe permite adotar as providências administrativas necessárias à evacuação da área, desde que observadas as concernentes prescrições constitucionais. Veja-se, portanto, que as liminares em causa não se revestem de qualquer eficácia imobilizante da ação administrativa do Poder Público local, que poderá – desde que não pratique atos inconstitucionais de violação ao domicílio da parte impetrante – implementar as medidas reputadas adequadas ao interesse público (...) Torna-se essencial destacar, neste ponto, no contexto de nosso sistema de direito positivo, que a outorga, ao Poder Público, de prerrogativas e garantias de índole jurídico-administrativa não o exonera do dever fundamental de respeitar as limitações e de observar as restrições, que, estabelecidas pelo texto da Constituição da República (como a garantia da inviolabilidade domiciliar), incidem e condicionam a atividade da Administração Pública. A atividade administrativa do Estado, mesmo naquelas hipóteses em que o ato emanado do Poder Público se reveste de auto-executoriedade, constitui comportamento necessariamente subordinado aos princípios impostos pelo ordenamento constitucional.”

Nesse caso também o invasor estará protegido, desde que, é claro, tenha passado o estado de flagrância ou não se caracterize a hipótese de desforço pessoal (art. 502 e parágrafo único do CC). A proteção abrange os nacionais, os apátridas e os estrangeiros e, quanto a estes, ainda que aqui estejam ilegalmente, não obstante o texto do art. 5º, *caput* da CF, que assegura os direitos fundamentais apenas aos *estrangeiros residentes*. O princípio da universalidade dos direitos fundamentais tem inteira aplicação.<sup>25</sup>

Estão no âmbito de proteção, por fim, todos os membros da família e os presentes na esfera domiciliar, garantia que também se aplica ao inimputável.

### 2.2.2.2 As pessoas coletivas

O art. 5º, *caput* da CF também não estende literalmente os direitos e garantias fundamentais às pessoas coletivas<sup>26</sup>, com personalidade jurídica ou não, mas a restrição é inadmissível porque incompatível com os princípios essenciais do Estado de Direito.<sup>27</sup> Segundo José Afonso da

<sup>25</sup> A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 22.11.69 (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada pelo Decreto 678, de 06.11.92, amplia o conteúdo do princípio da universalidade, conforme art. 1: "Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social". O art. 2 dispõe: "Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano".

<sup>26</sup> A noção de pessoa coletiva é mais abrangente do que a de pessoa jurídica, pois engloba todas as coletividades com personalidade jurídica ou não que tenham um caráter de permanência, uma estrutura organizativa. Assim, a noção abrange, v.g., os diretórios estudantis, comissões de trabalhadores de fábrica, ou seja, todas as coletividades que tenham fins lícitos. As coletividades estão protegidas de uma investigação arbitrária, senão estaríamos colocando em causa em seu núcleo essencial a liberdade de reunião e de associação. Quanto ao Direito Português, há o entendimento de Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional. Vol. IV. 2ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 197-8) de que a noção de pessoa coletiva é restrita e referida ao Direito Privado, não competindo às comissões de trabalhadores, v.g., invocar com base no art. 12, 2, direitos fundamentais, mas com base nas normas que de modo direto e imediato se lhes reportam. Admite, entretanto, que pessoas coletivas estrangeiras e de Direito Internacional venham a ser titulares de direitos fundamentais.

<sup>27</sup> No sentido da extensão dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, manifestam-se Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, 2º Vol., São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 5).

Silva, a despeito da interpretação literal, a pesquisa no texto constitucional mostra que vários direitos estendem-se às pessoas jurídicas, entre eles a inviolabilidade de domicílio.<sup>28</sup>

O direito à inviolabilidade de domicílio também é garantido às pessoas jurídicas estrangeiras de direito público ou não, e às pessoas jurídicas de direito público interno. Os mesmos argumentos relativos às pessoas jurídicas nacionais, estendem-se às pessoas jurídicas estrangeiras de direito público ou privado.

Neste âmbito, merece análise mais aprofundada o caso dos estabelecimentos comerciais, pois nesta hipótese há diversas situações a serem sopesadas. Já foi visto que o Código Penal, ao definir casa, exclui o estabelecimento comercial da proteção domiciliar, embora a norma use as locuções “enquanto aberta” e “compartimento não aberto ao público”. A incursão e o varejamento no espaço aberto ao público são livres e não há necessidade de mandado judicial,<sup>29</sup> o que não autoriza a autoridade policial a praticar atos arbitrários. Assim, o varejamento é livre nos limites do espaço aberto se houver fundadas razões que autorizem atividade de investigação, respondendo a autoridade criminalmente pelos eventuais excessos.

Situação diversa são as inspeções fiscais ou trabalhistas, ou seja, das autoridades administrativas, fundadas no poder de polícia. Nestes casos, não há necessidade de ordem judicial, sob pena de inviabilizar-se a atividade estatal.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 172. Pontes de Miranda posicionou-se diversamente em seus Comentários à Constituição ... (Tomo IV. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 696).

<sup>29</sup> Em sentido contrário, porém, ver Cleunice A. Pitombo, op. cit., pp. 156-157.

<sup>30</sup> As jurisdições constitucionais da França e da Espanha admitem globalmente as diferentes hipóteses legais, permitindo as entradas das autoridades administrativas para “visitas” de natureza fiscal, aduaneira e econômica, submetendo, no entanto, “o exercício de certas prerrogativas ao respeito de algumas garantias de maneira a limitar seu impacto sobre a liberdade individual” (Cambot, Pierre. La Protection Constitutionnelle de la Liberté Individuelle en France et en Espagne. Paris, Ed. Economica, 1998, p. 183-5). Parte da doutrina francesa, no entanto, nota a tendência nos últimos anos da perda de influência do “droit commun de la perquisition” previsto do “Code de procédure pénale” para os procedimentos específicos, v.g., em “matière fiscale, douanière, économique, concurrentielle, pharmaceutique”, denunciando a camuflagem verbal da distinção “maldosa” entre *perquisitions* e *droit de visite (enquête administrative)* ou *droit d'accès*, sem nenhuma importância senão por seu efeito psicológico. As sucessões de reformas legislativas flexibilizaram o regime comum do CPP (Molfessis, Nicolas. Le Conseil Constitutionnel et le Droit Privé. Paris, L.G.D.J., 1997, p. 147-150).

Imprescindível, entretanto, a exigência se houver uma comunicação prévia do dia e hora da visita. A própria Constituição, art. 145, parágrafo único, aliás, faculta à administração tributária, nos termos da lei, conferir o caráter pessoal dos tributos e sua graduação segundo a capacidade econômica dos contribuintes.

O art. 195, *caput* do CTN, que pôs fim definitivamente à proibição dos arts. 17 a 19 do Código Comercial, relativas ao exame dos livros, revogando-os, é, aliás, expresso<sup>31</sup>: “Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los”.

Na verdade, não foi a Súmula 439 do STF que pôs fim às barreiras, como anota Ricardo Abdul Nour<sup>32</sup>, pois esta oferece limites à investigação, conforme redação: “Estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

A livre investigação administrativa, fundada no poder de polícia, não poderia sacrificar o direito ao sigilo, razão pela qual os servidores da Fazenda Pública têm o dever de guardar segredo (art. 198, parágrafo único, do CTN).

A inspeção, entretanto, nos livros da empresa, tratando-se de investigação criminal, não prescinde de uma autorização judicial, mesmo que estes se encontrem, eventualmente, em lugar aberto ao público. Neste caso, protege-se, além do domicílio,<sup>33</sup> o segredo ou sigilo inerente à atividade negocial. O fundamento do princípio do segredo não decorre do princípio da inviolabilidade do sigilo da correspondência, como pretendia J. X. Carvalho de Mendonça.<sup>34</sup> O

<sup>31</sup> Na verdade, as leis “pertinentes aos impostos de consumo e de renda, antes do CTN, já haviam rompido essa barreira” (Machado, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 167).

<sup>32</sup> Comentários ao Código Tributário Nacional. Vol. 2. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 495.

<sup>33</sup> Talvez seja equivocada a crítica de Cleunice A. Pitombo, (op. cit., p. 155) à polêmica espanhola sobre equiparar ou não a expressão casa à estabelecimento comercial ou industrial. A questão é saber se a pessoa jurídica tem ou não direito à proteção domiciliar independentemente do direito ao sigilo das atividades negociais. Não se protege a pessoa jurídica das buscas arbitrárias apenas nos limites do direito ao segredo negocial, mas nos exatos termos da dogmática da proteção domiciliar.

<sup>34</sup> Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Vol. II. 6ª edição. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1957, p. 224.

princípio do segredo, é certo, não é mais regra expressa, conforme alvará de 16 de dezembro de 1756, cap. 17, que proclamava: “o segredo é a alma do comércio”.<sup>35</sup> Pode, entretanto, ser deduzido dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (art. 170, IV e parágrafo único, da CF/88), embora não como princípio absoluto (art. 17 do Código Comercial). A afirmação de Rubens Requião<sup>36</sup>, seguindo a lição de Waldemar Ferreira, de que importa hoje mais a publicidade que o sigilo, é equivocada. A exigência de cadastro bancário, a exigência da obrigatoriedade da publicação dos balanços da Lei das Sociedades Anônimas e a autorização legislativa de livre investigação, ao contrário de eliminar o princípio do sigilo, atendem ao princípio de que a atividade econômica deve observar uma função social para assegurar a todos existência digna (art. 170, *caput*, da CF). Todavia, sem a garantia do princípio do sigilo, o princípio da livre concorrência restaria enfraquecido, com possíveis danos aos consumidores. Assim, uma investigação criminal legítima não dispensa a autorização judicial.

O STF, no caso que envolvia como réus Paulo César Farias e Fernando Collor de Mello entre outros, já reconheceu o direito à inviolabilidade domiciliar da pessoa jurídica (estabelecimento comercial), decidindo ser inadmissível a prova decorrente da apreensão de computador na empresa Verax em São Paulo, sem ordem judicial:

“1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador 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. 5., X e XI, da CF).

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

<sup>35</sup> Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 224.

<sup>36</sup> Curso de Direito Comercial. 1<sup>o</sup> Vol. 22<sup>a</sup> edição. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 139.

comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referencia, na degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF) (AP-307/DF Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 13.10.95, p. 34247).

No mesmo sentido, no HC nº 3.912/RJ, já decidiu o STJ:<sup>37</sup>

“- 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 nº LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal”.

No que concerne às pessoas jurídicas de direito público, é de se reportar à consideração já feita na análise do princípio da universalidade e é perfeitamente possível deferir-se a proteção quando estas pessoas coletivas encontram-se em posição de sujeição e não de proeminência ou de poder.<sup>38</sup>

Quanto à inviolabilidade de domicílio é possível afirmar que há compatibilidade entre esse direito e a natureza da pessoa jurídica nacional ou estrangeira<sup>39</sup> de direito público ou privado, pois elas também dispõem de uma liberdade espacial íntima, que deve ser intangível para que possam desenvolver suas atividades.

As pessoas jurídicas de direito público têm o direito ao sigilo, nos limites da lei,<sup>40</sup> quanto às suas atividades, e esse direito somente estará verdadeiramente protegido com a garantia da inviolabilidade de seu domicílio.

<sup>37</sup> Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 42 (4):145, junho de 1996.

<sup>38</sup> Sobre isto, ver Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1992, p. 572.

<sup>39</sup> Quanto às pessoas de direito público estrangeiras devem ser observado as Convenções, os Tratados e as regras de Direito Internacional.

<sup>40</sup> Preceitua o art. 5º XXXIII, da CF/88: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”;

É certo que a *reserva da intimidade da Administração* apenas pode ser concebida em caráter excepcional, pois o direito à informação é particularização do princípio da transparência que, como regra geral, apoia-se nas idéias de controle da burocracia, de imparcialidade da administração, de “governo justo” e nos princípios democrático, da igualdade e da eficiência. Em caso de colisão de princípios, caberá ao legislador e à jurisdição a conciliação sem o sacrifício, na medida do possível, do núcleo essencial de qualquer deles.

Na lição de Fernando Condesso “Estes equilíbrios resultarão de um ajustamento do fundamental dos objectivos visados, em termos que não ponham em causa o conteúdo essencial dos princípios concretizadores de uns, ao mesmo tempo que criam espaços onde se possa projectar a concretização possível de outros princípios e direitos”.<sup>41</sup>

Por outro lado, as pessoas físicas que exercem funções no âmbito das pessoas jurídicas de direito público também devem estar protegidas contra buscas arbitrárias, uma vez que, embora o local seja público, há sempre um “espaço privado” intangível (v.g., gabinetes, banheiros privativos dos funcionários, armários onde são guardados os objetos pessoais). Assim, é inadequada a discussão na doutrina sobre o cabimento ou não de busca e apreensão em repartições públicas.<sup>42</sup> A solução proposta, no sentido de que simplesmente não cabe busca e apreensão porque basta a requisição do documento, sujeitando-se o funcionário que se negou a entregá-lo ao crime de desobediência, não leva em conta a existência de um “espaço privado” nas repartições públicas, locais onde podem ser ocultados objetos imprescindíveis à investigação criminal e que não se poderá muitas vezes – na perspectiva

<sup>41</sup> Direito à informação administrativa. Lisboa, Pedro Ferreira, Artes Gráficas, 1995, p. 54.

<sup>42</sup> Nogueira, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 165; Oliveira, Carlos Alberto Álvaro e Lacerda, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 258. Mais correta é a orientação de Cleunice Pitombo (op. cit., p. 145-9) que parte da distinção do Código Civil, art. 66, entre bens públicos de uso comum, de uso especial e dominicais como critério diretivo do regime a adotar, embora reconheça o desajuste da classificação para o regime processual penal devido as complexas relações jurídicas modernas. Esse critério, entretanto, também não é o melhor. É difícil sistematizar, a partir de tais categorias, à medida que é preciso considerar, em cada caso, quando entra em causa a questão do sigilo e da intimidade. O que se pode dizer é que a busca em bem de uso comum do povo (ruas, praças, rios), é livre e dispensa autorização judicial e nos demais casos, ao entrar em causa já o sigilo e a intimidade, há necessidade de autorização judicial. Mais importante do que saber o local a ser investigado, é saber se há segredo e intimidade dignos de tutela.

da eficácia da investigação – comunicar a diligência previamente ao chefe da repartição. Por óbvio, em se tratando tão-só de documentos, a princípio será suficiente a requisição.

O direito é garantido, outrossim, pelas mesmas razões, às pessoas coletivas sem personalidade jurídica, como, v.g., diretórios estudantis e comissões de trabalhadores de fábricas. Assim, seus locais de operação são intangíveis, nos termos da Constituição.

### 2.2.2.3 A busca em escritório de advocacia e em outros lugares protegidos pelo sigilo

O escritório de advocacia é o “asilo da defesa”. O advogado tem garantido o direito ao “sigilo profissional” o qual, antes de tudo, revela-se como um dever. Seu escritório, assim, tem uma “proteção especial” no âmbito da inviolabilidade domiciliar, pois se houvesse a possibilidade de uma incursão franca para apreensão de coisas confiadas ao profissional, o direito de defesa estaria substancialmente enfraquecido. A proteção abrange o escritório de advocacia, atuando o profissional em sociedade ou não.

Por outro lado, como escritório de advocacia não pode ser, ao revés, o “asilo” do crime, o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 admitiu a possibilidade de busca e apreensão e impôs que sua execução se efetuasse com a presença de representante da OAB. A locução “e acompanhada de representante da OAB” deste artigo teve, entretanto, a eficácia suspensa em virtude de liminar concedida pelo STF, nos autos da ADIn 1.127-8-DF – ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – tendo como relator o Ministro Paulo Brossard.<sup>43</sup>

A proteção especial a que já se referiu, não impede a medida restritiva quando: a) o advogado for co-autor ou partícipe da infração criminal; b) não estiver na posse da coisa em virtude de sua profissão; c) se a coisa a ser apreendida constitua elemento de corpo de delito<sup>44</sup>; d) a posse da coisa não caracterize infração criminal (v.g., favorecimento real ou receptação).<sup>46</sup>

<sup>43</sup> A decisão liminar foi publicada no DJU em 14.10.94, p. 27.596.

<sup>44</sup> O art. 243, § 2º, do CPP, preceitua que “não será admitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento de corpo de delito”.

<sup>45</sup> O STF já decidiu que “desde que o documento não seja essencial ao exame de corpo de delito, não se procede a apreensão, mormente se este estiver em poder do advogado” (RHC-39085, relator Ministro ARI FRANCO, DJU de 12-07-62, p. 01713).

<sup>46</sup> Nesse sentido, vide Tourinho filho, Fernando da Costa. Processo penal. Vol. 3. São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 371-2.

Fora de tais casos, a inviolabilidade estará assegurada porque é imprescindível à garantia do sigilo profissional que, em última análise, implica inviolabilidade do direito de defesa e da intimidade, em seu núcleo essencial.

É lícito afirmar, tendo já pressuposta a idéia da autonomia relativa dos institutos da busca e da apreensão, que os limites, na verdade, se referem mais propriamente à apreensão, atingindo apenas indiretamente a busca, à medida que esta não poderá ser deferida para a apreensão de qualquer documento incriminador contra o cliente do advogado, salvo os casos das mencionadas exceções. Dessa forma, só há limite à incursão na medida dos limites quanto à apreensão, ou seja, não há limites, como regra, ao varejamento, mas limites à apreensão. Por isso, a proteção também estende-se à residência e à pessoa física do advogado, quanto às coisas insuscetíveis de serem apreendidas em virtude do segredo profissional e do direito de defesa.

A decisão que determinar a busca em escritório de advocacia deverá esclarecer detidamente o objeto da diligência, pelo fato de que há limites decorrentes do direito de defesa e sigilo profissional. É ilegal a decisão que defere uma ordem geral de apreensão.

Questão assaz delicada é a de saber sobre a possibilidade da apreensão de documento em escritório de advocacia não constante das exceções anteriormente referidas, mas incriminadora do cliente do advogado e para fazer prova absolutória de outro acusado ou quando envolva terceiro não acusado. Guardadas as eventuais particularidades do caso concreto, a apreensão é de ser deferida, numa *abstracta e a priori* consideração, com base em uma ponderação de bens informada pelo princípio da proporcionalidade, no caso de produção de prova absolutória. De fato, um sistema processual penal justo não pode tolerar a possibilidade da condenação de um inocente, mesmo pagando o preço do sacrifício de outros bens e valores. Quando envolva terceiros, não é de se deferir a ordem de busca e apreensão, salvo se na balança da ponderação estiver o interesse na realização da persecução penal dos crimes graves.

As discussões sobre a busca nos escritórios de advocacia, como regra, também são aplicáveis a outros lugares resguardados pelo sigilo, como, v.g., o consultório do médico ou redação de jornal.

O direito e o dever de sigilo está disciplinado pelo direito processual penal, pelo direito penal,<sup>47</sup> e outros diplomas legais esparsos. Uns dos relevantes problemas é o de saber se é possível apreender as fichas médicas, que estão protegidas pelo segredo. O sigilo profissional é um dever jurídico do médico, cuja violação implicará sanções de natureza ética e penal. Pondera-se, ainda, que a busca em consultório médico poderá atingir terceiros. A questão é complexa e mereceria do legislador uma disciplina adequada.

Cleunice Pitombo<sup>48</sup> sustenta, com razão, que o segredo de justiça parece não ser suficiente para proteger o bem jurídico em questão, pois o princípio da proteção da intimidade é mais abrangente. A razão é que não pode haver segredo de justiça para as partes no processo. A apreensão é legítima, a partir de um juízo de proporcionalidade, se a ficha médica ou outros documentos constituírem elemento do corpo de delito. Somente é possível deferir-se a busca e a apreensão, por outro lado, se o delito a ser investigado for efetivamente grave. É de se reparar que o direito ao segredo conferido ao médico não se identifica com um direito de natureza meramente individual, mas comunitário, pois esta confiança da qual os médicos e outros profissionais são depositários serve aos interesses gerais da comunidade, que não pode abrir mão, v.g., de um sistema profícuo de saúde pública. Uma dogmática, neste campo, que permitisse uma abertura demasiada ao interesse público da investigação criminal, poderia pôr em causa o sistema de saúde, especialmente nos casos das doenças mentais, sexuais e transmissíveis. O interesse público do sistema de saúde eficaz transcende o interesse da realização da *persecutio criminis*.

Por outro lado, não bastaria o consentimento do paciente e a autorização do médico para legitimar a apreensão, pois seria imprescindível averiguar se não há interesse de terceiros. Não raras vezes as fichas médicas contém dados relativos a terceiros, o que sempre deverá ser sindicado. Entra em causa, aqui, novamente, uma ponderação segundo o critério do princípio da proporcionalidade.

<sup>47</sup> O CP, no art. 154, tipifica o crime de violação de segredo profissional: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa". O art. 207 do CPP estabelece que estas pessoas estão proibidas de depor, salvo se desobrigadas: "São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". Ver também EOAB, arts. 7<sup>o</sup>, II, XIX e 34, VII, CPC, art. 406, II.

<sup>48</sup> Op. cit., p. 219.

Na França, a *perquisition*, na intenção de uma proteção mais eficaz ao segredo profissional, não poderá ser levada à efeito pelo agente da polícia judiciária, mas pelo juiz de instrução que deverá estar acompanhado pelo *bâtonnier*, no caso dos advogados, e pelos responsáveis da ordem ou organização profissionais, no caso das demais profissões, não cabendo à autoridade acompanhante apreciar se os documentos a serem apreendidos estão cobertos ou não pelo segredo profissional.<sup>49</sup>

#### 2.2.2.4 A busca nos meios de transportes

É difícil *a priori* definir se a busca nos veículos<sup>50</sup> é pessoal ou domiciliar. A indagação tem sérias conseqüências de ordem prática, pois são diversos os regimes que disciplinam as duas espécies. Tratando-se de busca domiciliar, não se poderá fugir à disciplina constitucional que exige a prévia autorização judicial, com as exceções já referidas. Por outro lado, se a hipótese é de busca pessoal, incidirá o art. 244 do CPP, o qual admite a busca sem mandado nos casos ali previstos. Se o meio de transporte, porventura, serve também de habitação, não há dúvida que se trata de uma busca domiciliar. Entretanto, fora dessa hipótese, há divergências sobre o enquadramento, não faltando aqueles que falam num *tertium genus*.<sup>51</sup>

O Conselho Constitucional francês, em 12.01.77, declarou inconstitucional dispositivos do Código de Trânsito que permitia à polícia judiciária examinar veículos com objetivo de prevenir e investigar infrações penais.<sup>52</sup> Jacques Robert,<sup>53</sup> entretanto, esclarece que a Corte

<sup>49</sup> No Direito francês, Stefani salienta que: “Le juge d’instruction doit prendre toutes mesures utiles pour assurer le respect du secret professionnel et des droits de la défense (art. 96, al. 3 C.P.P.; *supra*, nº 306). En cas de perquisition chez un avocat, le juge se fait accompagner par le bâtonnier; si elle a lieu dans le cabinet d’un médecin, d’un notaire, d’un avoué ou d’un huissier, le magistrat s’assurera de la présence d’une personne responsable de l’ordre ou de l’organisation professionnelle (art. 56-1), mais ce n’est pas l’autorité accompagnante qui apprécie si les documents trouvés sont convertis ou non par le secret professionnel” (Stefani Gaston et alii. Procédure pénale. 16<sup>e</sup> édition. Paris, Dalloz, 1996, p. 532).

<sup>50</sup> O art. 96 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (CTB) classifica os meios de transporte sujeitos à disciplina do trânsito terrestre em todo o território nacional. Há outros meios de transporte aéreo, marítimo, ferroviário que, embora não submetidos à disciplina do CTB, também devem ser considerados.

<sup>51</sup> Ver Conso Grevi, *op. cit.*, pp. 332-333.

<sup>52</sup> Gaston Stefani et alii, *op. cit.*, p. 322.

Constitucional não proibiu todo e qualquer exame em veículos. A lei declarada inconstitucional tenderia a instaurar um princípio inverso, ou seja, poderia autorizar a busca em veículos a todo momento, sem motivo e sem controle, contrariando o art. 66 da Constituição francesa que dispõe sobre o princípio da interdição da detenção arbitrária.<sup>53</sup>

As buscas em veículos, todavia, quando realizadas no controle administrativo do tráfego, alfandegário e para fins fiscais em geral, estando o veículo em trânsito, não se submetem a quaisquer das disciplinas da busca, vale dizer, não há necessidade de mandado judicial e não se submetem às exigências do art. 244 do CPP, pois a intervenção é fundada no poder de polícia. A autoridade administrativa, entretanto, deverá agir com circunspeção, e não poderá exceder as tarefas de prevenção. Fora de tais situações, o regime-regra aplicável será o da busca pessoal, salvo quando o veículo é usado como moradia.

### 2.2.2.5 Os casos de imunidade à jurisdição<sup>54</sup>

Há lugares e pessoas que estão imunes a uma investigação para fins criminais. São os casos tratados pelas convenções e das Casas Legislativas.

Dispõe o art. 14 da Convenção de Havana sobre os Funcionários Diplomáticos: “Os funcionários diplomáticos serão invioláveis na sua pessoa, residência particular ou oficial e bens. Esta inviolabilidade se estende: a) a todas as classes de funcionários diplomáticos; b) a todo o pessoal oficial da missão diplomática; c) aos membros da respectiva família, que vivem sob o mesmo teto; d) aos papéis, arquivos e correspondência da missão. O art. 16 é mais expresso: “nenhum funcionário ou agente judicial ou administrativo do Estado no qual o funcionário diplomático está acreditado poderá entrar no domicílio deste ou no local da missão sem o seu consentimento.” No entanto, “Os funcionários diplomáticos são obrigados a entregar à autoridade local competente, que o requeira, o acusado ou condenado por delito

<sup>53</sup> Op. cit., p. 517.

<sup>54</sup> Observa Pierre Cambot (op. cit., p. 188) as dificuldades de distinguir a matéria de operações de polícia judiciária daquela de competência administrativa. De fato, o tribunal que declarou inconstitucional o livre exame dos veículos é o mesmo que admite o livre exame em matéria administrativa fiscal, aduaneira e econômica.

<sup>55</sup> Ver os textos completos sobre as Convenções relativas aos Agentes Diplomáticos em Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público, Tratados e Convenções*, 5ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

comum, refugiado na missão” (art. 17). O art. 2º dá a definição de funcionários diplomáticos, discriminando-os em ordinários e extraordinários, estando abrangidos, neste caso, “os encarregados de missão especial, ou os que se acreditem para representar o Governo em conferências, congressos ou outros organismos internacionais”.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, no art. 30, 1º, dispõe: “A residência particular do agente diplomático goza da mesma inviolabilidade e proteção que os locais da Missão”. Os membros da família de um agente diplomático que com ele viverem e os membros do pessoal administrativo e técnico da Missão, assim como os membros de suas famílias que com eles vivam, gozarão dos mesmo privilégios, com as ressalvas do art. 37, 1º e 2º, da Convenção de Viena.

O art. 1º, inc. II do CPP, aliás, manda respeitar “os tratados, as convenções e regras de direito internacional”. Por outro lado, o Código Penal ressalva sua incidência quanto aos tratados, às convenções e às regras de Direito Internacional, adotando o princípio da territorialidade temperada (art. 5º, *caput*).

De qualquer sorte, a imunidade de jurisdição processual penal é absoluta para os casos antes mencionados. Não haverá, pois, incursão domiciliar e apreensões em casos de crimes praticados pelas pessoas que gozem de prerrogativa ou não.

As Casas Legislativas (Senado e Câmara dos Deputados) estão imunes à investigação ordinária e no âmbito de suas competências privativas, elaboram o regimento interno que deve: “dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 51, IV e 52, XIII, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98).<sup>66</sup> Assim, compete às referidas Casas o poder de polícia e a

<sup>66</sup> O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado pelas Resoluções nº 1, 3 e 10, de 1991; 22 e 24, de 1992; 25, 37 e 38, de 1993; e 57 e 58, de 1994, estabelece: “Art. 269. Quando, nos edifícios da Câmara, for cometido algum delito, instaurar-se-á inquérito a ser presidido pelo Diretor de serviços de segurança ou, se o indiciado ou o preso for membro da Casa, pelo Corregedor ou Corregedor substituto. § 1º Serão observados, no inquérito, o Código de Processo Penal e os regulamentos policiais do Distrito Federal, no que lhe forem aplicáveis. § 2º A Câmara poderá solicitar a cooperação técnica de órgãos policiais especializados ou requisitar servidores de seus quadros para auxiliar na realização do inquérito. § 3º Servirá de escrivão funcionário estável da Câmara, designado pela

investigação dos crimes ocorridos no seu recinto, sejam eles cometidos por qualquer dos parlamentares ou terceiros. Não entram em consideração, neste caso, os princípios do segredo ou da intimidade, mas o princípio da separação de poderes. Neste poder de polícia, inclui-se a investigação e, em consequência, o poder de expedir ordem de busca e de apreensão.

A conclusão não é a mesma para as hipóteses de crimes praticados por não parlamentares fora do recinto das Casas, cuja busca e apreensão tenha de ser procedida no recinto destas. Aqui entra em causa prioritariamente o interesse da investigação criminal. Evidente que, se o objetivo é a apreensão de documento, bastará a requisição ao Presidente da Casa, desde que não haja prejuízo à investigação.

As conclusões valem para as Casas Legislativas estaduais e municipais pelos princípios da simetria e da separação de poderes.

## 2.3 Pressupostos da ingerência

### 2.3.1 Legalidade e jurisdicionalidade

As medidas restritivas do direito à inviolabilidade do domicílio estão sob a *reserva de lei*, que disciplina os casos permissivos da ingerência, mas submetem-se também a uma *reserva de decisão judicial* (art. 5º, XI, da CF/88).

O melhor entendimento é o de que a ingerência submete-se apenas a uma “reserva jurisdicional”,<sup>57</sup> pois essa explícita referência foi introduzida para evitar os abusos cometidos na vigência da Constituição

---

autoridade que presidir o inquérito. § 4º O inquérito será enviado, após a sua conclusão, à autoridade judiciária competente. § 5º Em caso de flagrante de crime inafiançável, realizar-se-á a prisão do agente da infração, que será entregue com o auto respectivo à autoridade judicial competente, ou, no caso de parlamentar, ao Presidente da Câmara, atendendo-se, nesta hipótese, ao prescrito nos arts. 250 e 251”. Quanto aos deputados, ver os arts. 249-251, parágrafo único, da mesma resolução. Sobre os Senadores, ver Resolução 93 de 1970 (texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes das Resoluções posteriores, até 1994).

<sup>57</sup> Assim, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 68: “Vigia o que se chamava reserva da lei. Vige atualmente o que pode ser tido por uma reserva jurisdicional. É portanto o magistrado que analisará se se está diante ou não de caso que comporte invasão. Ele o fará dentro de uma ampla discricionariedade que a Constituição lhe confere”. No mesmo sentido é a posição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 121.

anterior. Não se dispensou a mediação legislativa, apesar de a Constituição atual não repetir a locução “na forma que a lei estabelecer”, à medida que o princípio da legalidade é expresso e dispõe de um domínio irreduzível no Estado de Direito, em respeito ao princípio democrático. Houve, como regra, a recepção da legislação anterior que disciplinava a busca domiciliar, seja na esfera penal, civil ou administrativa, sendo de acrescer a ela a imprescindibilidade da *reserva de decisão judicial*.

O art. 241 do CPP, no aspecto em que permite à autoridade policial a busca domiciliar sem mandado, está revogado.<sup>58</sup>

### 2.3.1.1 As exceções à reserva de decisão jurisdicional

O direito à inviolabilidade domiciliar não é um direito absoluto à medida que a Constituição estabeleceu as hipóteses de sua restrição.

Mesmo durante a noite é possível a entrada, havendo o consentimento do morador e em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, independentemente de decisão judicial. À noite, o domicílio é livre de incursão por decisão judicial.

Nos casos excepcionais, em que a Constituição dispensou a ordem judicial, a interpretação deve ser restritiva.

#### 2.3.1.1.1 Consentimento

Havendo o dissenso do titular do direito, seja expresso ou tácito, restará caracterizado o crime de violação de domicílio. Presente o

<sup>58</sup> É razoável, no entanto, a posição de Rogério Lauria Tucci (Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 426-7) no sentido de dar ao dispositivo interpretação conforme a Constituição. Entende o digno jurista que como a determinação judicial pode ser inespecífica, deverá o Delegado, se não cumprir pessoalmente a ordem, expedir mandado específico “visando ao seu cumprimento com total exação”. O autor reitera sua posição em sua obra conjunta com José Rogério Cruz e Tucci, *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 30-31. O mandado inespecífico será ilegal. Por outro lado, a exigência de mandado minucioso poderia inviabilizar o trabalho da polícia. Os mandados judiciais devem conter os requisitos básicos, v.g., residência, objeto, e a exigência da expedição de mandado – que ficará em anexo ao mandado judicial – mais específico por parte do Delegado de Polícia. O controle se dá *a posteriori* e os eventuais abusos deverão ser punidos e, por outro lado, o Delegado poderá precaver-se tomando medidas administrativas que impeçam o arbítrio, estabelecendo um controle *a priori* (v.g., exigência de etiquetas nas coisas apreendidas, onde deverá assinar o morador ou vizinho).

consentimento livre, não importando seja expresso ou tácito, para a entrada, o crime poderá caracterizar-se quando o agente permanecer na casa contra a vontade do morador.<sup>59</sup>

O locatário, ou quem detém a posse a qualquer título ou mesmo o invasor, pode invocar o direito contra o proprietário, como já foi assinalado.

Uma questão que de imediato se põe é a de saber quem pode dar validamente o consentimento, especialmente em face do reconhecimento da igualdade entre os cônjuges.<sup>60</sup>

Essa é, sem dúvida, a melhor concretização do princípio de igualdade entre os cônjuges. Assim, é suficiente a vontade de um dos cônjuges,<sup>61</sup> na ausência do outro, para a validade do consentimento.

Outra questão relevante é a de saber se cada morador tem um direito próprio invocável contra o outro morador, inclusive, e se a prova colhida em busca com o consentimento de um e sem a autorização do outro poderia ser admitida. Esse direito fundamental toca a cada indivíduo, que o poderá exercer até mesmo contra o outro morador.<sup>62</sup>

O direito à individualidade e à intimidade podem ser exercidos contra as pessoas mais íntimas.<sup>63</sup>

O ser humano tem o direito de exercer na plenitude o “direito de estar só”, ou seja, o direito de fazer companhia a si mesmo, e estabelecer

<sup>59</sup> O art. 150, *caput*, do CP está assim redigido: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: (...)”.

<sup>60</sup> Não se pode confundir as duas dimensões do direito geral de domicílio, ou seja, a “liberdade do domicílio” (livre escolha, liberdade de permanecer e morar) e a “inviolabilidade do domicílio” (dimensão ligada à idéia de segurança), conforme Dinorá Grotti, *op. cit.*, p. 166.

<sup>61</sup> O mesmo vale para a hipótese de entidade familiar ou outra forma de união. Num sentido geral, é válido o consentimento daquele morador capaz, salvo se ali reside da condição de dependência ou subordinação. Quem residir, na condição de dependência, como é o caso da empregada doméstica, tem direito invocável contra os empregadores no âmbito de seu espaço privado.

<sup>62</sup> Cf. Elimar Szaniawski (Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 138): “Apesar da existência das relações de filiação e conjugal, é necessária a existência de um mínimo de intimidade e de segredo na vida familiar que deve ser respeitado pelos cônjuges, um em relação ao outro, entre os pais e filhos, entre os irmãos, enfim, em relação a todas as pessoas que vivem sob o mesmo teto”.

<sup>63</sup> O “diário”, por exemplo, onde alguns indivíduos anotam e materializam seus pensamentos, sua história, e afinal exercitam o diálogo do “eu consigo mesmo”, são, por isso, absolutamente intangíveis.

um diálogo do “eu consigo mesmo”. Estar “solitário” difere de “estar só”, pois o “homem só, ao contrário, está desacompanhado e, portanto, ‘pode estar em companhia de si mesmo’, já que os homens têm a capacidade de “falar consigo mesmos”. Em outras palavras, quando estou só, estou ‘comigo mesmo’, em companhia do meu próprio eu, e sou, portanto, dois-em-um; enquanto, na solidão, sou realmente apenas um, abandonado por todos os outros”.<sup>64</sup>

A violação dessa intimidade, implica seu oposto, a **desolação**, uma das características do “totalitarismo” apontada por Hannah Arendt, que “impede a vida privada e promove o desenraizamento” e nela “não se dá o estar-só ensejador do diálogo socrático do eu consigo mesmo”.<sup>65</sup> A garantia dessa intimidade é, antes de mais nada, uma barreira contra o totalitarismo. É inadmissível uma prova colhida em busca domiciliar em que um dos cônjuges, v.g., autorize a busca e a apreensão ocorra no âmbito de intimidade do outro cônjuge. Por outro lado, seria de se valorizar essa mesma prova apreendida no “espaço comum” da casa, mesmo que a busca tenha ocorrido sem o consentimento do outro cônjuge.

O STF, por um de seus órgãos fracionários, entendeu legítima a prova oriunda de busca e apreensão domiciliar num caso de tráfico de drogas em que houve o consentimento da mulher.<sup>66</sup>

Neste campo, como bem anota Manuel da Costa Andrade,<sup>67</sup> não há uma comunicação sem refração entre o direito penal e o processo penal. Poderá se sustentar, pois, a licitude da conduta do agente quando houver o consentimento livre de um dos moradores, vale dizer, não responderá ele pelo crime de violação de domicílio, mas isso não importa necessariamente na possibilidade da valoração da prova colhida contra o outro morador que não consentiu.

### 2.3.1.1.2 Prisão em flagrante e crime permanente

Discute-se na doutrina se o conceito “flagrante” do art. 5º, XI, da CF abrange todas as hipóteses de flagrante previstas no art. 302 do CPP

<sup>64</sup> Arendt, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 528.

<sup>65</sup> Lafer, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 1991, p. 239.

<sup>66</sup> HC nº 76.868.1 (22), julgado em 01.09.98, 2ª Turma, DJ de 06.11.98.

<sup>67</sup> Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 50.

ou apenas as hipóteses de flagrante propriamente dito ou real (art. 302, I e II do CPP). A noção do flagrante, sem dúvida, nos termos da Constituição, abrange apenas as hipóteses do flagrante real. As hipóteses de flagrante impróprio ou flagrante presumido – virtual – (art. 302, III e IV, do CPP) reduziriam o núcleo do direito à inviolabilidade de domicílio, o que foge à intenção da Constituição que foi clara no sentido de reforçar o sistema dos direitos e garantias individuais. Para os demais casos seria imprescindível a ordem judicial. No entanto, esse não tem sido o entendimento da jurisprudência.<sup>68</sup>

Parte da doutrina e da jurisprudência, com razão, considera que deve ser estendida a mesma exigência relativa à prisão mediante mandado (art. 293 do CPP), importando o conceito “segurança” para o caso da prisão em flagrante, vale dizer, a entrada somente será legítima se estiver caracterizada “fundada suspeita” ou a certeza<sup>69</sup> de que o agente encontra-se na casa. Segurança não é apenas certeza, mas também “confiança” fundada em dados objetivos. Não é possível dar precisos indicativos do conceito “fundada suspeita” *a priori* da experiência concreta de cada caso e que todo esforço teórico no sentido de precisá-lo será em vão.

Isso não significa que deva ser tolerada uma interpretação ampla e aberta ao arbítrio ou, por outro lado, admitida uma interpretação que amesquinhe a importância da *persecutio criminis* em nome de um “humanismo” tolerante com a violência e a impunidade, ou em nome da *ratio* da óbvia deslegitimação do sistema penal, enfim de uma hermenêutica militantemente abolicionista.

Não é de se aderir à tese de que as noções de “*connaissance fondée*” ou “certitude” ultrapassam a noção de flagrante e que tais termos permitem buscas domiciliares fundadas em conjecturas ou suspeitas, as quais não são bastante para configurar uma situação de flagrante e que, ainda, tais expressões “ambiguës et indéterminées” configurem uma porta que a Constituição não admite.<sup>70</sup> Já é evidente que o legislador não pode dispensar as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados para a realização do direito legal, conceitos que são compatíveis com o Estado de Direito e não produto de um disfarçado totalitarismo, especialmente em sociedades marcadamente pluralistas e abertas.

<sup>68</sup> Cf. Tourinho Filho, *op. cit.*, vol 3, p. 405.

<sup>69</sup> Cleunice Pitombo (*op. cit.*, pp. 121-122) sustenta somente a “certeza” confere legitimidade a medida.

<sup>70</sup> Pierre Cambot, *op. cit.*, p. 49.

Cleunice Pitombo<sup>71</sup> advoga ainda barreiras à legitimidade da entrada: a) infração que deixe vestígios; b) imprescindibilidade da entrada como, v.g., a impossibilidade da preservação do local até a obtenção da autorização judicial.

A experiência prática, por vezes, demonstra que não se pode levantar a rígida barreira da existência dos vestígios à *persecutio criminis*, pois, v.g., não é possível, às vezes, fazer um juízo de certeza se o pedido de socorro de uma criança são decorrentes de uma grave crime ou não.

No que concerne às hipóteses de “crimes permanentes” (art. 303 do CPP), ensejadores do flagrante por seu efeito que se protraí no tempo, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem reiteradamente se manifestado pela admissão da eficácia da prova oriunda de busca domiciliar sem mandado, em caso de crime de tóxicos, v.g., porque esse se caracteriza como permanente, sem indagar se havia a “fundada suspeita” e sem exigir a demonstração da urgência e necessidade da diligência,<sup>72</sup> alterando a tendência anterior.<sup>73</sup>

Para eficácia da prova decorrente da apreensão, na hipótese de prisão, em caso de crime permanente, com incursão domiciliar, haveria de se exigir a “fundada suspeita” da prática do crime, além da presença de todas as formalidades de lei.

É evidente que o ônus da demonstração desses elementos compete à acusação. A posição hoje dominante no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e também em alguns outros tribunais é equivocada na medida em que dá ensejo a descaracterização da proteção. São incorretas todas as interpretações que dão margem ao arbítrio e essa posição é, sem dúvida, um dos evidentes exemplos.

<sup>71</sup> Op. cit., p. 124.

<sup>72</sup> Ver, a propósito, as seguintes decisões do TJRS: apelação nº 698030608, Relator Luiz Armando Bertanha de Souza Leal; apelação nº 698046844, Relator Ranolfo Vieira; apelações nºs 697206159 e 697070464, Relator Fernando Mottola; apelação nº 697027902, Relator Aristides Pedroso de Albuquerque Neto.

<sup>73</sup> “SE A PRISÃO EM FLAGRANTE SE FUNDAMENTA EM APREENSÃO DE ENTORPECENTE NO INTERIOR DE RESIDÊNCIA PARTICULAR ONDE AS AUTORIDADES POLICIAIS PENETRARAM, SEM O RESPECTIVO MANDADO, NEM DEMONSTRARAM A URGÊNCIA E NECESSIDADE DA DILIGÊNCIA, NEM A DOCUMENTARAM COM ADEQUADO AUTO CIRCUNSTANCIADO DE BUSCA E APREENSÃO, DEVIDAMENTE TESTEMUNHADO, RESULTA SEM PROVA IDÔNEA O ESTADO DE FLAGRÂNCIA, SENDO, DE CONSEQÜÊNCIA, ILEGAL A MANUTENÇÃO DO PACIENTE NA PRISÃO” (Relator GILBERTO NIEDERAUER CORREA, Recurso HC nº 686061441).

### 2.3.1.1.3 Desastre e prestação de socorro

Desastre e prestação de socorro são também hipóteses autorizadas da entrada e permanência legal em domicílio alheio. Nesses casos também cabe interpretação rigorosa para não descaracterizar a garantia. A doutrina, de modo geral, entende, acertadamente, que para a caracterização desses conceitos é de se exigir que o desastre seja de tal proporção a exigir intervenção alheia para afastar perigo da vida ou do patrimônio do morador e que, na segunda hipótese, haja efetiva necessidade do socorro, ou seja, que haja alguém correndo sério risco. Nesses casos, também não haverá necessidade de prévia autorização judicial.

### 2.3.1.1.4 Estado de defesa e Estado de sítio

O Estado de Direito não poderia deixar de estabelecer mecanismos jurídicos excepcionais para garantia de sua própria legalidade, ou seja, para a defesa do Estado e das instituições democráticas. A Constituição institui o “estado de defesa” e o “estado de sítio” (arts. 136-141). Nesses dois casos a incursão domiciliar independe de mandado judicial. No estado de defesa não há previsão expressa<sup>74</sup> quanto a restrição à liberdade de domicílio e à sua inviolabilidade, mas ao dispor sobre a possibilidade de restrição ao “sigilo de correspondência” (art. 136, § 1º, I, “b”) que, na normalidade democrática, é tido como direito absoluto, não pode haver dúvida quanto à possibilidade de restringir-se esses direitos.<sup>75</sup>

### 2.3.1.1.5 Comissões Parlamentares de Inquérito

O princípio da jurisdicionalidade tem, como base normativa, os direitos fundamentais e faz parte do núcleo essencial do princípio do Estado de Direito.

Significa que somente as autoridades judiciárias, com base na lei, poderão restringir direitos fundamentais.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, v.g., não têm o poder de quebrar sigilos ou determinar busca e apreensão, mas somente aqueles poderes compatíveis com sua anômala função, de que fala Rogério

<sup>74</sup> Quanto ao estado de sítio há previsão expressa da restrição (art. 139, V).

<sup>75</sup> Nesse sentido, ver Dinorá Grotti, op. cit., p. 146.

Lauria Tucci,<sup>76</sup> ou seja, o poder de ouvir testemunhas, convocar pessoas para depor, requisitar documentos não protegidos pelo sigilo, etc.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados (arts. 135-6) e do Senado (arts. 148 e 153) atribuem às Comissões “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Pontes de Miranda,<sup>77</sup> ao comentar o art. 37 da Constituição de 1969, que, diversamente da atual, não conferia às Comissões Parlamentares de Inquérito “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” – rejeitando a incidência do princípio da jurisdicionalidade – sustentou que as buscas e as apreensões são permitidas.

O STJ já entendeu, por uma de suas Turmas, que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes para determinar buscas e apreensões.<sup>78</sup>

Em outra decisão, ao deferir *habeas corpus* para trancar ação penal contra servidor que se negou a prestar informações à Comissão Parlamentar de Inquérito, porque estava em causa documento sigiloso, o Superior Tribunal de Justiça, por uma de suas Turmas, veio implicitamente reconhecer o princípio de que é ilegal a busca e a apreensão sem o pressuposto da mediação judicial (HC 7943/MS, DJ de 01/02/1999, p. 00231, Relator Min. ANSELMO SANTIAGO).

Com base no art. 58, § 3º, da CF, o STF, por uma de suas Turmas, posicionou-se, num primeiro momento, pela prescindibilidade da mediação judicial para a decretação da busca e da apreensão, conferindo amplos poderes de investigação às Comissões Parlamentares de Inquéritos (HC-71039/RJ, DJU de 06-12-96, p. 48708, Relator Ministro PAULO BROSSARD).

O Supremo Tribunal Federal, pela Segunda Turma, examinou a questão e, por maioria, decidiu que era suficiente a fundamentação da determinação de busca e apreensão – Informativo nº 162.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> “Comissão Parlamentar de Inquérito (atuação – Competência – Caráter Investigatório)”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 6/181, abril/junho, 1994.

<sup>77</sup> Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969. Tomo III. Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 60.

<sup>78</sup> HC 3.985-RJ, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 1º.12.1998 – Informativo 02 (<http://www.stj.gov.br/stj/institucao/Informativo.asp?Info=0002>).

<sup>79</sup> MS 23.452-RJ, j. em 16.9.99, rel. Min. Celso de Mello, <http://gemini.stf.gov.br/netathtml/info162.html>.

Mais tarde, em decisão plenária, reconheceu a imprescindibilidade da mediação jurisdicional para a hipótese de busca e apreensão:

**“CPI e Reserva Constitucional de Jurisdição**

As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário (CF, 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;”). Com base nesse entendimento, o Tribunal deferiu mandado de segurança contra ato da CPI do Narcotráfico que ordenara a busca e apreensão de documentos e computadores na residência e no escritório de advocacia do impetrante – para efeito da garantia do art. 5º, XI, da CF, o conceito de casa abrange o local reservado ao exercício de atividade profissional –, para determinar a imediata devolução dos bens apreendidos, declarando ineficaz a eventual prova decorrente dessa apreensão. Ponderou-se, ainda, que o fato de ter havido autorização judicial para a perícia dos equipamentos apreendidos não afasta a ineficácia de tais provas, devido à ilegalidade da prévia apreensão. Precedente citado: MS 23.452-RJ (DJU de 12.5.2000, v. Transcrições dos Informativos 151 e 163). MS 23.642, julgado em 29.11.2000, REL. Min. Néri da Silveira”.<sup>80</sup>

Pelo atual sistema da Constituição é razoável uma ou outra interpretação, evidência que remete o intérprete ao exame do momento histórico-social e cultural (C. Neves). Noutros termos, é de ser avaliado se é conveniente deixar nas mãos dos parlamentares a quebra dos direitos à intimidade, se haveria um “reforço” à democracia ou não. A partir desses e outros elementos, é possível alcançar um juízo axiológico-normativo mais adequado. A conjuntura atual indica que, devido aos abusos, não é razoável entregar aos parlamentares a possibilidade da decisão da quebra da intimidade, mesmo que bem fundamentada.

### 2.3.1.1.6 A ordem de prisão, citação, intimação ou notificação

O art. 293 do CPP dispõe que se o executor da ordem de prisão verificar, com *segurança*, que o réu entrou ou se encontra em alguma

<sup>80</sup> <http://gemini.stf.gov.br/netathtml/info212.html>.

casa, deverá intimar o morador a entregá-lo. Não sendo obedecido, convocará duas testemunhas e, sendo de dia, entrará à força na casa, arrombando as portas.

Põe-se aqui a questão de saber se esse dispositivo é compatível com o princípio do art. 5º, XI da CF.

A compatibilidade existe, pois o mandado de prisão já pressupõe, implicitamente, ordem de busca domiciliar, estando a regra recepcionada pela atual Constituição.<sup>81</sup>

Se o fugitivo se refugiar durante a noite somente poderá ser preso se houver consentimento do morador, salvo se estiver cometendo algum crime.

A hipótese que se formula não se constitui em exceção à reserva jurisdicional, mas reconhecimento de que, no caso, há na ordem de prisão autorização implícita de busca domiciliar.

O ideal seria que os juízes autorizassem expressamente a busca domiciliar em todas as decisões de prisão, fazendo-a constar no mandado. Não se trata de um “cheque em branco” para entrada em qualquer domicílio, pois deverá a autoridade que executar a prisão certificar-se, com “segurança”, de que a pessoa se encontra no local. Não basta a mera suspeita, é exigível uma “fundada suspeita” ou a certeza de que ali a pessoa pode ser encontrada. O mandato de busca tem por objetivo a prisão do réu e esgota-se nesse conteúdo.

Nos mandados de citação e intimação não está implícito o poder de busca, pois o art. 362 do CPP estabelece que, se das averiguações o réu se ocultar, a citação deverá ser feita por edital no prazo de 5 dias. O princípio introduzido pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que veio reforçar o direito de defesa, não altera a conclusão.

### 2.3.2 Fundadas razões, “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”

O art. 240, § 1º do CPP dispõe que se procederá à busca domiciliar quando “fundadas razões a autorizarem”. Em seguida, a lei discrimina um rol de situações em que a busca domiciliar tem oportunidade. “Fundadas razões” é conceito indeterminado que engloba, os conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, tidos como pressupostos da ação cautelar. Não se trata por óbvio de ação

<sup>81</sup> Nesse sentido, Mirabete, op. cit., p. 342. Em sentido contrário, Tourinho Filho, op. cit., vol. 3, p. 406.

cautelar. É imprescindível, entretanto, para o deferimento da busca e da apreensão a prova da possibilidade ou probabilidade do direito invocado. É indispensável que sejam demonstrados os indícios de que a coisa ou pessoa encontra-se no local suspeito e também que se trata de uma das hipóteses das alíneas do art. 240, § 1º, do CPP.

Ainda, se a finalidade da busca é a descoberta e a apreensão de objeto que servirá para elucidar fatos criminosos, deverão estar comprovados os indícios da existência do crime que se investiga.

A medida sempre terá lugar quando houver perigo de *dano iminente e irreparável*, que compreende

“tanto os casos de risco de causação de um dano realmente irreparável, por seu caráter de definitividade e *irreversibilidade* (...) como também aquelas hipóteses em que a situação de perigo apenas possa provocar um dano qualificado como sendo de *difícil reparação*, conceito que a doutrina equipara à própria irreparabilidade, para legitimar a proteção cautelar”.<sup>82</sup>

O “perigo na demora está quase sempre presente”, pois, normalmente, “a busca na pessoa suspeita ou em residência deve ser realizada com urgência, sob risco de se perderem vestígios do crime, relevantes para a demonstração do corpo de delito. O adiamento ou a divulgação da busca traz como consequência a grande probabilidade de desaparecimento dos objetos ou de pessoas a serem apreendidos”.<sup>83</sup>

A locução “fundadas razões” permite advertir o juiz de que a medida é excepcional e, que, como salienta Luís Afonso Heck<sup>84</sup> a “aplicação dessas medidas coercitivas está, desde o princípio, submetida ao preceito da proporcionalidade”, à medida que permite proteger os cidadãos de “buscas e apreensões irrazoáveis” do que, aliás, é exemplo a “Quarta Emenda” da Constituição dos Estados Unidos da América, a qual “refletiu a condenação da época contra os ‘*mandados gerais*’, de que os Colonos haviam mais ou menos sofrido”.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Silva, Ovídio Baptista da e Gomes, Fábio Luiz. Teoria geral do Processo Civil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 338.

<sup>83</sup> Cf. Grinover, Ada Pellegrini, Fernandes, Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 168-169.

<sup>84</sup> O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. “Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.178.

<sup>85</sup> Corwin, Edward. A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1986, p. 250.

Como a medida é deferida liminarmente e sem a prévia oitiva do titular da esfera domiciliar ou pessoal atingida, o que por si só significa atingir o princípio do contraditório em seu núcleo essencial pelo caráter de irreversibilidade, somente é possível justificar essa tomada de posição com base no princípio da proporcionalidade.<sup>86</sup>

Nesse caso, o contraditório é diferido. A autoridade judiciária deverá ponderar, no caso concreto, se o sacrifício do bem constitucionalmente protegido é razoável, ou seja, se as circunstâncias fático-jurídicas o justificam axiologicamente.

Poderá ser levada em conta na ponderação a natureza do crime a investigar e as provas constantes dos autos relativas ao crime ou a localização da coisa. Quanto mais grave for o crime ou mais precisos os elementos probatórios, mais estará justificada a medida.

### 2.3.3 Fundamentação

O princípio da motivação tem expresso assento constitucional (art. 93, IX). Isso implica que o juiz deve explicitar as razões de fato e direito que embasam a decisão restritiva. A decisão carente de motivação é nula. A ilegalidade da busca torna ilícita a prova obtida, cujo significado não é sua nulidade, “mas de impossibilidade de a sentença se sustentar na prova obtida por meios ilícitos, porque, segundo a Constituição Federal, não pode ser ela admitida no processo (art. 5º, LVI)”.<sup>87</sup> A motivação “é requisito essencial da medida, uma vez que ela torna possível o controle sobre a presença dos pressupostos de legitimação do ato”.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Segundo Luiz Guilherme Marinoni (Tutela Inibitória – individual e coletiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 111) grande parte da doutrina brasileira “admite a tutela de cognição sumária (cautelares e antecipatórias), ainda que sua concessão possa pôr em risco o direito do réu” e alguns doutrinadores “valem-se do princípio da proporcionalidade”.

<sup>87</sup> Ada Pellegrini Grinover *et alii*, op. cit., pp. 170-171.

<sup>88</sup> Conso e Grevi, op. cit., p. 332.

### 3. QUESTÕES PROCEDIMENTAIS DA BUSCA E DA APREENSÃO

#### 3.1. Oportunidade, iniciativa, sujeitos ativos e passivos da busca

A busca pode ser realizada antes da instauração de qualquer procedimento policial ou judicial, durante o inquérito policial e o processo criminal, bem como durante a execução criminal.<sup>89</sup>

A busca sempre deverá ser determinada pela autoridade judiciária, seja a pedido dos interessados (réu<sup>90</sup>, ofendido, suspeito, indiciado, querelante, querelado e respectivos advogados, Ministério Público e assistente à acusação), seja do órgão investigante. O mandado e a ordem devem ser judiciais, não sendo, pois, possível que a autoridade judiciária delegue o poder para a autoridade policial, como já se sustentou. O Ministério Público pode atuar também na fase pré-processual (art. 129, VIII, da CF). A autoridade policial poderá realizar pessoalmente a busca.

O sujeito passivo da busca é o titular da esfera íntima, pessoal ou domiciliar.

#### 3.2 Prazo e horários para realização da diligência

A lei não estabelece prazo para o cumprimento da busca domiciliar. O legislador deixou à discricionariedade do juiz a fixação do prazo. A decisão exarada sem a fixação de um prazo para a realização da diligência viola o princípio da proporcionalidade e pode ser impugnada mediante mandado de segurança. A lei que instituiu a prisão provisória fixou um prazo de 05 dias para as diligências, podendo esse prazo ser adotado por analogia. Considerando que a medida da busca domiciliar é mais simples, é mais razoável a fixação de um prazo de 24h a 72h. Convém, *de lege ferenda*, que a lei fixe um prazo máximo.

<sup>89</sup> Nesse sentido, entre outros, Barros, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 397; Tornaghi, Hélio. Curso de processo penal. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 460-1. Assim já decidiu o STJ: "EMENTA: Penal. Mandado de segurança. Busca e apreensão. Legalidade do ato. A teor do art. 6º, II, do Código de Processo Penal, pode a autoridade judicial, ao tomar conhecimento de fato delituoso, determinar a busca e apreensão de objetos relacionados com o mesmo, antes da instauração do respectivo inquérito. Recurso desprovido" (RSTJ 18/328).

<sup>90</sup> No Direito Processual Penal, o réu tem um direito geral ao *ius postulandi* não limitado ao habeas corpus e ao campo recursal.

A lei também não fixa os limites de horários para o cumprimento da medida, a qual não poderá ser realizada antes de o sol nascer e nem depois do pôr do sol (entre a aurora e o crepúsculo), ou seja, à noite. A fixação do horário também foi deixada à discricção do juiz e nesse aspecto andou bem o legislador, à medida que há variação significativa no tempo, no espaço e conforme a estação do ano. Não se pode adotar simplesmente a regra do art. 172 do CPC por analogia, como se sugere, especialmente com a nova redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.94, que ampliou o prazo para as 20h, horário que já é noite em várias regiões do país conforme a estação do ano. As cautelas do art. 248 do CPP (circunspecção) devem ser adotadas na execução da medida. Normalmente as buscas são permitidas entre 6h e 18h. A busca iniciada dentro do horário permitido não será interrompida com o advento da noite.

### 3.3 A execução da medida

Na intenção de garantir a legitimidade da medida, a lei estabeleceu um procedimento que não dispensa uma atuação cuidadosa e circunspecta da autoridade executora.

Antes de penetrarem na casa, os executores da medida devem identificar-se, mostrar e ler o mandado ao morador, intimando-o a franqueá-la (art. 245, *caput* e parágrafo 1º do CPP). O morador, ou aquele que o represente, deverá ser solicitado a colaborar, mostrando a coisa ou pessoa ou a acompanhar o cumprimento da medida. Não o fazendo só então estará a autoridade responsável autorizada a agir com a necessária energia ao cumprimento da medida,<sup>91</sup> o que não excluirá, desde logo, também o dever de uma atuação circunspecta e nos limites da resistência. Na palavra de Eduardo Espínola Filho:<sup>92</sup>

“Constituindo a busca domiciliar, como a pessoal, uma medida extrema, de que se lança mão, excepcionadas as garantias constitucionais da inviolabilidade do domicílio, à vista da predominância do interesse público sobre o particular, deve ser levada a efeito com moderação, que não importa em prejuízo da energia, e urbanidade, devendo os encarregados da diligência procurarem diminuir, tanto quanto possível, os incômodos resultantes da mesma.”

<sup>91</sup> Segundo o art. 245, § 2º, do CPP, “em caso de desobediência será arrombada a porta e forçada a entrada”.

<sup>92</sup> Espínola Filho, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Vol. III. 6ª edição. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, p. 206.

As coisas devem ser postas em seus devidos lugares após o varejamento.

Havendo ainda a resistência real do morador, será permitido o emprego da força contra as coisas do interior da moradia, se necessário ao descobrimento da coisa ou pessoa (art. 245, § 3º). Estando ausentes os moradores, é dever da autoridade executora intimar um vizinho a acompanhar a diligência (art. 245, § 4º). A coisa ou a pessoa descoberta será imediatamente posta sob a custódia da autoridade (art. 245, § 6º).

Exitosa ou frustrada a diligência, a autoridade executora deverá lavrar auto circunstanciado, assinado por duas testemunhas<sup>93</sup> (art. 245, § 7º) e comunicar imediatamente a autoridade judicial. A despeito da inexistência de base legal expressa, a comunicação é praxe consagrada e decorrente do princípio da hierarquia, pois a autoridade que tem a competência constitucional para restringir direito fundamental deverá ser cientificada do resultado de suas determinações.

Outra questão que suscitou controvérsia é se a polícia militar tem ou não atribuição para proceder a busca. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça admitiu a validade da busca e apreensão realizada por policiais militares, conforme a seguinte ementa:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA E APREENSÃO.

Mandado judicial. Alertada por *notitia criminis* oriunda de órgão policial militar, não macula a busca e apreensão o 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” (RSTJ 27/101 – RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 1.236 — RJ, relator MINISTRO JOSÉ DANTAS).

A ordem foi denegada no Tribunal de origem porque seria legítima, uma vez que se tratava de uma atividade investigatória visando a “manutenção da ordem pública”. O recurso do “habeas corpus” foi improvido com base no parecer do Ministério Público, acolhido integralmente, no qual se ressalta o exame da matéria sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade em sentido estrito:

<sup>93</sup> O auto deve ser subscrito por testemunhas diversas dos executores, mas já se admitiu possam os executores servir como testemunhas” (RJTJRS 76/125, Relator GILBERTO NIEDERAUER CORREA). Por outro lado, já se decidiu que a não realização do auto circunstanciado em caso de apreensão de drogas leva à dúvida quanto à materialidade e acarreta a absolvição (Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 46 (4):161, setembro de 1996).

“7. A demarcação em sede constitucional, das atribuições das polícias militar e civil não se presta a inibi-las de sua função maior, de combate ao crime, e não desconstitui a investigação como atividade estatal da *persecutio criminis*. As polícias são de igual modo o braço do Estado, e não podem se furtar a propiciar-lhe os meios ao seu alcance para consecução de seus fins.”

(...)

10. Descabida, portanto, a sugestão de invasão da PM na área de atuação da polícia judiciária, não só porque, além dela, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação (parágrafo único do art. 4º do CPP), como porque, na realidade, o que está sendo posta em cheque é a própria atividade jurisdicional, retratada na expedição do mandado por ordem do Juiz, que poderia e deveria tê-la ditado, ante as fundadas razões (art. 240 do CPP) que chegaram ao seu conhecimento.”

O Superior Tribunal de Justiça, ao improver o recurso, desconsiderou, para a validade da busca e apreensão, as esferas de competências das polícias civil e militar, esferas bastante clara, pelo que se depreende do art. 144, §§ 4º e 5º, da CF/88,<sup>94</sup> mas nem por isso se pode impugnar como inválido o juízo de ponderação realizado pelo Egrégio Tribunal, pois este valorou pelo critério da proporcionalidade, definindo que uma infração formal de regra de atribuição administrativa não pode invalidar provas que implicariam interdição, no caso, da *persecutio criminis*. O juízo de proporcionalidade atua aqui, legitimamente, como momento de flexibilização da dimensão positivista-legalista do Direito. Somente em casos excepcionalíssimos e mediante exaustiva justificação a Polícia Militar poderá cumprir mandado de busca e apreensão.

### 3.4 Requisitos do mandado de busca

A lei arrola os requisitos do mandado de busca (arts. 43, I-III e §§, do CPP) na clara intenção de garantia em favor do titular da esfera íntima contra possíveis arbitrariedades. Por isso, deve ser indicada a casa de forma “mais precisa possível”, o nome da pessoa ou os sinais

---

<sup>94</sup> Efetivamente, não se pode compreender que a locução “preservação da ordem pública” (atribuição da polícia militar), a que se refere o art. 144, § 5º, da CF/88, possa abranger nítida função da polícia judiciária (apuração de infração criminal), como é a busca domiciliar.

que a identifiquem, bem como os motivos e os fins da diligência. Daí a conclusão que são vedados mandados gerais. Há fato ou fatos determinados a serem averiguados e o mandado deve corresponder aos termos da ordem emitida pela autoridade judiciária.

Não contendo o mandado os requisitos legais, a prova colhida poderá ser considerada ineficaz, segundo o juízo de proporcionalidade, que se levará à balança das ponderações o grau de violação da norma, ou seja, o valor dos bens em causa. É importante que acompanhe o mandado cópia da decisão do juiz.

### 3.4.1 O rol do art. 240, § 1º, letras “a” a “h”, do CPP

A redação legal não deixou margem a qualquer discussão sobre a taxatividade ou não do rol, pois a cláusula geral “colher qualquer elemento de convicção” (letra “h”) é bastante ampla. Não significa, porém, que a locução “qualquer elemento” dispense o magistrado de um juízo sobre a relação de pertinência e relevância da prova a ser colhida com o fato investigado.<sup>55</sup>

Não poderão ser apreendidas coisas que não estão relacionadas ao fato em investigação, salvo, em hipótese de flagrante de crime permanente diverso do objeto da diligência, que autoriza, v.g., a apreensão de drogas ilícitas.<sup>56</sup>

Há coisas, por outro lado, que são insuscetíveis de serem apreendidas. Cleunice A. Pitombo<sup>57</sup> relaciona as “palavras faladas”, as “coisas móveis intransportáveis”, e aquelas sujeitas à colheita como o

<sup>55</sup> Sobre a exclusão das provas por motivos lógicos (relevância e pertinência), ver Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 130-133.

<sup>56</sup> O STJ, entretanto, já decidiu noutro sentido: “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA APREENSÃO DE BENS PROCEDIDA APÓS BUSCA DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. Sendo fundamentada a ordem judicial de busca domiciliar, não há falar em ilegalidade ou nulidade na apreensão de bens daí decorrente. 2. Recurso improvido” (RSTJ 51/468). No mesmo sentido a seguinte decisão do TJRS: “Ementa: Mandado de busca e apreensão de outros objetos e apreensão de tóxico. legalidade da diligência. se em cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão, legitimador do ingresso em casa alheia (CF art. 5º XI.), a autoridade policial descobre objetos diversos daqueles mencionados no mandado, a evidenciar a prática de crime outro, que não o investigado, não é inconstitucional nem ilegal a apreensão de tais objetos (...)” (Relator Ranolfo Vieira, apelação nº 695013581).

<sup>57</sup> Op. cit., p. 207-222.

sangue, o esperma, a saliva, o pêlo, a impressão digital, como coisas insuscetíveis de serem apreendidas e postula, com razão, um regime especial às “coisas intransportáveis”, “perecíveis”, “perigosas” e “documentos”, sigilosos ou não.

As palavras faladas poderão ser interceptadas, salvo se já estiverem materializadas pela transcrição, sendo esta objeto de apreensão. A apreensão tem como pressuposto o ato de retirada da coisa da esfera do titular da posse e, por isso, são insuscetíveis de apropriação as coisas intransportáveis.

As coisas suscetíveis de deterioração devem ter atenção especial. Haverá o registro para fins do interesse processual e em seguida deve o juiz dar a destinação legal, seja entregando ao seu titular, determinando a venda em caso de dúvida quanto à propriedade ou ausência do proprietário.

As coisas ilícitas ou perigosas, como as drogas ou explosivos, devem ter seu destino segundo a lei específica.

Os documentos públicos, como regra, deverão ser requisitados e os particulares apreendidos. Neste caso, o magistrado deverá levar em conta a natureza sigilosa dos documentos, determinando ou não a apreensão, segundo as ponderações do caso e informado pelos bens e valores em causa. Em caso de apreensão de documentos sigilosos, o juiz poderá decretar o segredo de justiça.

As cartas particulares obtidas ou interceptadas por meios criminosos não serão admitidas como prova (art. 233, *caput*, do CPP).

Merece especial destaque o problema da apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado e úteis à elucidação do crime (art. 240, § 1º, “f”).

A questão é saber se a regra está ou não revogada pela Constituição. Dispõe o art. 5º, XII, da CF: “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”. Pelo texto da Constituição, a inviolabilidade de correspondência é absoluta, estando revogada a citada disposição do CPP. Nesse sentido já se manifestou o STF, no caso de correspondência endereçada a um extraditando foragido.<sup>98</sup> Noutro caso, entretanto, o mesmo STF entendeu que a

<sup>98</sup> “DECISÃO – CORRESPONDÊNCIA – SIGILO – QUEBRA – INVIABILIDADE – EXTRADITANDO – FUGA – LEVANTAMENTO DO PARADEIRO. 1. Mediante o telegrama de folha 281, a Polícia Federal comunicou que o Extraditando, juntamente

“administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do

---

com mais cinco presos que se encontravam na Superintendência do Estado do Paraná, logrou sucesso ao empreender fuga. À folha 284, determinei fosse cientificado do fato o Ministério da Justiça, objetivando o conhecimento do Governo Requerente. Na oportunidade, sobrestei o curso do processo, isso em 18 de dezembro de 1997, a fim de aguardar-se a recaptura, datando a fuga do mês de novembro imediatamente anterior. Com o ofício de folha 289, a Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal do Paraná requer autorização “para abertura de encomendas postais que chegaram a esta Superintendência, endereçadas ao mencionado alienígena foragido, a fim de buscar eventual pista que possa informar o paradeiro do nominado”. Abri vista dos autos à Procuradoria Geral da República, que se pronunciou no sentido do deferimento da autorização, reportando-se ao que decidido por esta Corte no Habeas-Corpus nº 70.814/94-SP, Diário da Justiça de 24 de junho de 1994, relatado pelo Ministro Celso de Mello. Em síntese, a peça revela a óptica segundo a qual, com a abertura das correspondências, poder-se-á ter idéia do paradeiro do Extraditando. Resista-se, em prol da segurança jurídica, a essa brutal tentação de elastecer a exceção constitucional, pouco importando, até mesmo, o envolvimento, na espécie da busca do esclarecimento de um crime, o que não chega a ser sequer a hipótese dos autos, pois em jogo simples prisão para efeito de tramitação de pedido de governo estrangeiro visando à entrega do foragido. 2. Consubstancia garantia constitucional a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. O óbice ao conhecimento do conteúdo dos postados é absoluto, valendo notar que somente quanto às comunicações telefônicas abriu-se exceção, limitada, de resto, às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, mesmo assim aludindo-se à necessidade da existência de ordem judicial. Em síntese, a cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não alcança o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, estando restrita às comunicações telefônicas. O preceito beneficia, a teor do disposto no artigo 5º, não só os brasileiros, como também os estrangeiros residentes no País, ainda que estes últimos tenham, contra si, pedido de extradição em curso. O que se tem na espécie é o impedimento constitucional à quebra do sigilo requerida pela Polícia Federal, apenas permitida uma vez verificado o estado de sítio ou o de defesa (artigo 136, § 1º, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal). Em última análise, o caráter linear e categórico da inviolabilidade em comento só está excepcionado na Carta da República em casos que pressupõem estar em questão a segurança da própria sociedade. Diante da previsão expressa e excepcionadora, descabe partir para o agasalho de outras situações, sob pena de relegar-se à inocuidade as normas constitucionais mencionadas. 3. Por tais razões, indefiro a autorização pleiteada mediante o ofício de folha 289. 4. Dê-se ciência à Requerente – Superintendência Regional do Departamento Polícia Federal do Paraná. 5. Publique-se.” Brasília, 15 de maio de 1998. Ministro MARCO AURÉLIO, Relator” (EXT-718/RF – EXTRADIÇÃO, DJ de 26-05-98, p. 00002, Relator Ministro MARCO AURÉLIO).

sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.<sup>99</sup>

Pela redação do texto constitucional, o princípio de inviolabilidade de correspondência é absoluto. Entretanto, segundo Ada Pellegrini Grinover,<sup>100</sup> esta não foi a redação que resultou da Assembléia Nacional Constituinte, aprovada no segundo turno em plenário, mas a seguinte: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual”.

A insuperável processualista paulista observa que

“Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras ‘comunicações’, ‘no último caso’ e ‘penal’, limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário (...) No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5º da CF é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo (...) Resta saber se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: “assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas

<sup>99</sup> “EMENTA: HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO.

- A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz plenamente as exigências impostas pela lei. – A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. – A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus” (HC-70814/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 24-06-94, p. 16649).

<sup>100</sup> “O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 17 (5):112-126, jan./mar. 1997.

infraconstitucionais, do mesmo modo parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos)".<sup>101</sup>

Há flagrante inconstitucionalidade formal que pode, a qualquer tempo, ser reconhecida pelo Congresso Nacional e pelo Poder Judiciário e, por essa razão, os textos do CPP e da LEP foram recepcionados pela Constituição, ao menos num sentido de compatibilidade formal. Não significa, porém, que, em cada caso, não se possa investigar a compatibilidade material dos textos com o sistema de garantias da Constituição. A questão não se põe, entretanto, nos termos da doutrina da inconstitucionalidade de normas constitucionais oriundas de Poder Constituinte originário, de Otto Bachof,<sup>102</sup> alternativa que também propôs a eminente processualista, como um dos possíveis argumentos. O texto promulgado não vincula porque a Comissão de Redação não tem o poder de legislar.

### 3.5 Busca em circunscrição judiciária alheia

A intenção da autorização legislativa é de não permitir a solução de continuidade da *persecutio* quando houver "seguimento" a pessoa ou coisa. A autoridade ou seus agentes deverão apresentar-se à autoridade local competente, autoridade judiciária ou policial, conforme o caso. Se a ordem é para prender o foragido deve ser cumprido o art. 290, do CPP que determina a apresentação imediata do preso a autoridade local. A matéria está exaustivamente regradada no art. 250 e §§ do CPP.

### 3.6 O controle "a posteriori" da atuação da autoridade executora. A garantia do contraditório

O capítulo da "busca e apreensão", lido na perspectiva do sistema dos direitos fundamentais expressos na Constituição brasileira, permite ao juiz criar controles para evitar o arbítrio. A praxe no sentido de exigir que a autoridade policial ou seus agentes a prévia comunicação, mesmo informalmente, por telefone, do dia e o horário aproximado do

<sup>101</sup> Op. cit., p. 113-4.

<sup>102</sup> Normas Constitucionais Inconstitucionais? Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Libraria Almedida, 1994.

cumprimento da diligência revela-se bastante profiláctica. Deve ser determinado também por parte da autoridade judicial ou policial que se etiquetem as coisas apreendidas. As coisas apreendidas deverão ser rubricadas pela autoridade policial, pelo morador ou vizinho e pelas restemunhas. A despeito dessas providências não se revestirem de base legal expressa, poderão ser tomadas pela autoridade judicial e policial para prevenir o arbítrio e garantir a eficácia e confiança quanto à prova obtida., o que pode ser feito pela cobertura do princípio da proporcionalidade. O magistrado ainda poderá oportunizar ao morador um prazo de 05 dias para a finalidade de controle, mas sem estabelecer o contraditório, cujo local é o processo de conhecimento.

### 3.7 Impugnação da decisão prolatada em sede de busca e apreensão

O CPP não prevê qualquer recurso contra decisão que defere ou indefere busca domiciliar, mas isso não significa que não seja possível impugná-la autonomamente. O STJ considerou legal decisão que acolheu mandado de segurança contra atos de juiz plantonista que havia determinado a expedição de numerosos mandados de busca e apreensão, extrapolando competência de que se achava investido.<sup>103</sup> Não obstante, há entendimento no sentido de cabimento de apelação, conforme se vê, a *contrario sensu*, do seguinte acórdão: “BUSCA E APREENSÃO – Arquivamento liminarmente determinado – Apelação interposta da decisão – Impossibilidade de não recebimento do recurso sob fundamento de se tratar de inquérito policial – Peças processuais que não se confundem (TAMG)” (RT 665/324).

## 4. DENÚNCIA ANÔNIMA

É inadmissível a busca fundamentada numa denúncia anônima, pois além de carecer de qualquer legitimidade, por não permitir uma

<sup>103</sup> Ementário 09 do STJ, nº 722. REsp nº 40.362-6 — DF. Rel. Min. JESUS COSTA LIMA. Quinta Turma. Unânime. DJ 28/02/94. Ainda, há a seguinte decisão que admite o mandado de segurança como meio legítimo de impugnação de decisão em busca e apreensão: “MANDADO DE SEGURANÇA – Matéria criminal – Impetração contra decisão judicial proferida em medida cautelar de busca e apreensão – Admissibilidade – Conhecimento – Preliminar repelida – Inteligência do art. 5º, II, da Lei 1.533/51 (TACrimSP)” (RT 585/314).

motivação material, afronta o princípio da proporcionalidade, conforme decisão do Egrégio TRF/4ª Região no MS 98.04.01959-0/PR – 2ª T, tendo como relatora a Dr<sup>a</sup> Tania Escobar (RT 755/770).<sup>104</sup>

O art. 5º, IV da CF/88, que proíbe o anonimato tem a virtualidade de impedir que, com base nele, se produza investigação que de plano restrinja direitos fundamentais (v.g., perquisição domiciliar ou pessoal e interceptação telefônica), mas não impede as investigações ordinárias que não impliquem restrição a esses direitos.<sup>105</sup> Então, efetuadas as investigações ordinárias e se a partir delas houver elementos probatórios, poderá então legitimamente a autoridade autorizar a restrição de direitos fundamentais.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> “PROVA – Denúncia anônima – Requerimento do Ministério Público de busca e apreensão em empresa particular, embasado em tal informação – Inadmissibilidade – Indício de credibilidade relativa que não pode ensejar a prática de atos que, a despeito de contribuírem para o sucesso da investigação criminal, possam acarretar malferimento a direitos e interesses individuais fundamentais.

Ementa Oficial: Embora admissível, em tese, dar-se início a uma investigação criminal com base em denúncia anônima, o conteúdo de tal informação não pode embasar requerimento do Ministério Público de busca e apreensão em empresa particular. Uma denúncia anônima, por sua credibilidade relativa, pode no máximo ensejar providências investigatórias ordinárias, jamais a prática de atos que, a despeito de poderem contribuir para o esclarecimento dos fatos investigados, possam acarretar malferimento a direitos e interesses individuais fundamentais”. Consta do voto a seguinte conclusão: “Ademais, afronta o princípio da razoabilidade a adoção de medida tão drástica, como é a postulada, quando ainda não esgotados todos os meios investigatórios postos à disposição da Polícia, e quando se sabe que dentre esses meios muitos existem que não operam qualquer violação a direito fundamental. Segundo observa Paulo Bonavides, in Curso de direito constitucional, considerando-se o princípio da proporcionalidade, ‘quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão’. Uma denúncia anônima, por sua credibilidade relativa, pode no máximo ensejar providências investigatórias ordinárias, jamais a prática de atos que, a despeito de poderem contribuir para o esclarecimento dos fatos investigados, possam acarretar malferimento a direitos e interesses individuais” (p. 774).

<sup>105</sup> Assim tem-se manifestado a doutrina: “Notícia anônima de crime – Ainda assim tem a autoridade policial dever de instaurar o inquérito policial para a apuração do fato (Rogério Lauria Tucci, Persecução penal, prisão e liberdade, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 35). A CF de 1988 proíbe o anonimato (art. 5º, IV)” (Jesus, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 13ª edição. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 8); Mirabete, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 3ª edição. São Paulo, Atlas, 1995, pp. 40-1.

<sup>106</sup> Nesse sentido também é o voto da digna relatora: “Por outro lado, nenhuma ilegalidade e/ou inconstitucionalidade há em admitir-se a delação anônima como um ponto de partida de uma futura investigação criminal, pois, apurada a veracidade das informações,

As delações anônimas devem ser admitidas para efeito de investigação informal e preliminar, já que poderão contribuir ao combate ao crime, especialmente o crime organizado. Caberá aos agentes da investigação, entretanto, a cautela e a discrição necessária para não expor pessoas inocentes. O anonimato, *a priori*, não pode ser descartado como um desvalor, pois muitas vezes pode servir como proteção contra eventuais represálias àqueles que pretendem delatar crimes.

A jurisprudência do STJ tem admitido as denúncias anônimas.<sup>107</sup> No mesmo sentido já decidiu o STF.<sup>108</sup>

## 5. O VALOR DA PROVA COLHIDA COM VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA BUSCA E APREENSÃO

A prova colhida com violação das normas que tutelam a inviolabilidade de domicílio é ilegal. Não se cuida de nulidade, mas de impossibilidade de a sentença sustentar-se na prova obtida por meio ilícito para fins condenatórios.<sup>109</sup>

No que concerne às irregularidades decorrentes do não cumprimento de formalidades relativas à busca, a doutrina<sup>110</sup> e a jurisprudência têm considerado que não é caso de invalidade, porque a questão se põe no plano confiabilidade, ou seja, a prova será valorada conforme cumprir em menor ou maior grau as exigências formais de lei. A dificuldade está, entretanto, em saber que regras constituem em meras formalidades e cujo descumprimento leva à menor confiabilidade da prova e que regras são essenciais à legalidade da busca, cujo descumprimento conduz à ineficácia absoluta.

---

o oferecimento de denúncia, se houver, não ocorrerá com base nela, pois que irrelevantes as razões que levam a autoridade pública a decidir-se por proceder a uma investigação criminal, mas com fundamento nos fatos apurados.”

<sup>107</sup> Ver as seguintes decisões: STJ, RHC 7851/RJ, DJ de 30/11/1998, p. 00209, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO; STJ, RHC 7363/RJ, DJ de 15/06/1998, p. 00167, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO; ROMS 4435/MT, DJ de 04/12/1995, p. 42138, STJ, RSTJ 79/333, Relator Ministro ADHEMAR MACIEL; ROMS 1278/RJ, DJ de 05/04/1993, p. 05822, RSTJ 47/526, Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

<sup>108</sup> Ver HC- 74.531-8 (9), DJ 09.10.98, Relator MIN. SYDNEY SANCHES; HC- 74195/SP, DJ de 13-09-96, p. 33235, Relator Ministro SYDNEY SANCHES.

<sup>109</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover et alii, op. cit., p. 170.

<sup>110</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, idem, p. 171.

É difícil dar uma resposta *a priori* a essa questão, pois é a ponderação do conjunto dos elementos coligidos que permitirá uma melhor conclusão. Entretanto, desde logo poder-se-á afirmar que havendo infração aos pressupostos da medida, como a violação do princípio da motivação material da intervenção, a medida será ilegal, o que implicará ineficácia absoluta da prova.

Por outro lado, não importa se a ilegalidade da medida ocorreu anteriormente a instauração do processo, ou seja, na fase pré-processual, pois havendo uma infração material a prova estará irremediavelmente contaminada.

## BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra, Coimbra Editora, 1992.
- ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Libreria Almedida, 1994.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2º Vol. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.
- CAMBOT, Pierre. La Protection Constitutionnelle de la Liberté Individuelle en France et en Espagne. Paris, Ed. Economica, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1992.
- CARVALHO DE MENDONÇA. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Vol. II. 6ª edição. Rio de Janeiro, Livreria Freitas Bastos S/A, 1957.
- CONDESSO, Fernando. Direito à Informação Administrativa. Lisboa, Pedro Ferreira, Artes Gráficas, 1995.
- CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio. Commentario breve al Codice di Procedura Penale. Padova, Cedam, 1987.
- CORWIN, Edward. A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1986.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Vol. III. 6ª edição. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980.
- GASTON, Stefani et alii. Procédure pénale. 16ª édition. Paris, Dalloz, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio e CEVINI, Raúl. Crime Organizado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Que juiz inquisidor é esse?" Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 30, junho de 1995.

———. “O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 17 (5):112-126, jan./mar. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaide Museti, *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1993.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VI. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 13ª edição. São Paulo, Saraiva, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória – Individual e Coletiva*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público, Tratados e Convenções*, 5ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 3ª edição. São Paulo, Atlas.

MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV. 2ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

———. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo III, IV e V Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MOLFESSIS, Nicolas. *Le Conseil Constitutionnel et le Droit Privé*. Paris, L.G.D.J., 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1990.

NOUR, Ricardo Abdul. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. 2. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo, Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro e LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da Apreensão no Processo Penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1.999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1ª Vol. 22ª edição. São Paulo, Saraiva, 1995.

ROBERT, Jacques. *Droits de L'homme et Libertés Fondamentales*. Avec la collaboration de Jean Duffar. 6ª édition. Paris, Editions Montchrestien, E. J. A. , 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Porto Alegre, Lejur, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Paulo Márcio da. "Da ilegalidade da busca realizada em "blitz" policial", Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 26 (3):6, fevereiro de 1995.

SZANIAWSKI, Elimar Szaniawski. Direitos de Personalidade e sua Tutela. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. Vol. 3. São Paulo, Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1993.

———. Persecução Penal, Prisão e Liberdade, São Paulo, Saraiva, 1980.

———. "Comissão Parlamentar de Inquérito (Atuação – Competência – Caráter Investigatório)". Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 6/181, abril/junho, 1994.

TUCCI, Rogério e TUCCI, José Rogério Cruz. Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.