

## Sobre buscas e apreensões determinadas em locais de residência e de trabalho

José Carlos Fragoso

Têm sido freqüentes as determinações judiciais de buscas e apreensões a serem realizadas, na fase de inquérito policial, nos locais de residência e de trabalho de cidadãos indiciados. Muitas das vezes tais diligências violam direitos líquidos e certos das pessoas atingidas, direitos estes assegurados pela Constituição Federal. Estes direitos são: o de inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada, assim preceituados na Carta Magna: “**Art. 5º** - *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*”.

Todas as Constituições brasileiras sempre afirmaram que a casa do cidadão é o seu asilo inviolável, no qual só se pode entrar em casos excepcionais, indicados pela própria Lei Maior. Após analisar todos os nossos textos constitucionais, desde 1824, CLEUNICE PITOMBO (“*Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*”, Ed. RT, São Paulo/SP, 1998, p. 48) leciona: “*A tradição constitucional brasileira demonstra, portanto, o cuidado, em todos os tempos, em amparar a casa, ao estabelecer, de modo expresso, os limites e as hipóteses autorizantes de entrada, sem o consentimento do morador. Consta-se, também, que, em um primeiro momento, não houve preocupação específica e ampla com a tutela da integridade física e moral do indivíduo. Agora, porém, a proteção individual ganhou maior dimensão, pois a Constituição contempla, inclusive, a tutela da intimidade (art. 5.º, incs. III, X e XLIX, da Constituição da República)*”.

O eminente Prof. HÉLIO TORNAGHI mostra, em página candente, a importância do direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, afirmando: “*O Código de Processo Penal traça normas para a busca domiciliar, a fim de que ela não ofenda essa garantia constitucional. A existência dessas regras, quer da Constituição, quer do Código de Processo Penal, é uma das maiores e das mais belas conquistas da humanidade. Pensar que o indivíduo encontra em algum lugar, e que esse lugar é a sua casa, um refúgio seguro dentro do qual pode tranquilamente viver, repousar, trabalhar, amar, cercado daqueles a quem preza; considerar que diante das fracas paredes, acaso de argila ou palha, se esboroa, por força de um preceito legal, inerte e sem outro poder que não seja sua autoridade espiritual, todo o aparato de um Estado organizado e poderoso, é algo*

*que deve servir de conforto e de honra aos povos consagrados ao respeito dessa garantia constitucional, os quais observam e acatam esses dispositivos legais. Devemos até amar uma Constituição e um Código que nos protegem contra os vendavais da prepotência. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. E a não ser para acudir a vítima de crime ou desastre, nela ninguém poderá penetrar à noite sem o consentimento do morador, nem de dia senão nos casos e pela forma da lei”* (“*Compêndio de Processo Penal*”, tomo III, Ed. J.Konfino, Rio de Janeiro/RJ, 1967, p. 1009).

De outro lado, o ambiente de trabalho do cidadão merece a mesma proteção conferida à sua casa. Todos os pressupostos legais exigidos para a busca domiciliar devem também estar presentes quando se trata de determinar busca em ambiente de trabalho, pois o art. 150, § 4.º, III, CP, ao tratar do conceito jurídico penal de domicílio, preceitua que nele está compreendido: “*III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.*”.

O art. 246 do Código de Processo Penal determina, por sua vez, que todas as formalidades relativas à busca e apreensão também devem ser respeitadas quando se trata do ambiente de trabalho: “**Art. 246** - *Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.*”.

A doutrina é unânime no sentido de que o local de trabalho da pessoa também se insere no conceito jurídico processual penal de domicílio, e portanto, deve estar acobertado pelas mesmas garantias. Veja-se, a propósito, as obras de JOSÉ CELSO DE MELO FILHO e JOSÉ CRETILLA JUNIOR (respectivamente, “*A Constituição Federal Anotada*”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1984, nota ao art. 153, § 10, CF/69, p. 335; e “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, vol. I, Ed. Forense Universitária, 3.ª ed., 1992, nota ao art. 5.º, XI, CF/88, p. 261).

Vale lembrar, ainda, que o egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando a matéria no julgamento da ação penal proposta em face do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, assentou que a garantia de inviolabilidade do domicílio se estende, sim, ao ambiente de trabalho do cidadão. É o que se depreende do voto do e. Ministro relator ILMAR GALVÃO, *in verbis*: “*garantia de inviolabilidade do domicílio que, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público.*” (pág. 19 do voto do Min. relator na Ação Penal n.º 307-3/DF).

Somos todos, assim, titulares de direito líquido e certo à inviolabilidade de nossas casas e de nossos locais de trabalho. Tais direitos não são absolutos. Todavia, a busca domiciliar somente pode ser determinada pelo Juiz se estiverem presentes fundadas e concretas razões fáticas que fundamentem e autorizem a medida cautelar (art. 240, § 1.º, CPP). Ou seja: não fica apenas entregue ao arbítrio do Juiz a determinação da busca, pois a medida só pode ser determinada se estiverem presentes os requisitos legalmente exigidos, e com finalidade pré-determinada.

A busca domiciliar constitui hipótese de violação de importantes direitos individuais, o que faz com que se exija do Magistrado um especial cuidado na avaliação da necessidade de autorizar tal diligência. É neste sentido o magistério de ESPÍNOLA FILHO: *“Para não degenerar a medida, sem dúvida violenta, num abusivo constrangimento, o que se faz mister é muito critério e muita circunspeção da autoridade, no aferir a base das razões de suspeitar que os objetos se relacionem, de algum modo, com a infração, cuja prova se procura”* (*“Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”*, vol. III, 3.ª ed., ed. Borsoi, Rio de Janeiro/RJ, 1955, p. 197).

A lição de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR mostra a necessidade, para a realização de uma busca domiciliar, de estarem presentes circunstâncias ainda mais graves: *“FAUSTIN HELIE, que nos está guiando neste estudo, depois de reproduzir as regras contidas nos tratados de GAUZZINI, JOUSSE e FARINACIO, regras que, diz ele, ‘vivem no fundo de nossa legislação’, deduz os seguintes corolários: 1.º Para que a visita domiciliária ou busca possa ser ordenada é preciso que haja crime ou delito já verificado, porque a lei supõe uma informação já começada; 2.º É preciso que o crime ou delito seja de tal natureza que a prova possa resultar de tais ou tais peças, de tais ou tais efeitos; 3.º É preciso que a informação tenha coligido indícios graves de culpabilidade do indiciado; 4.º Enfim, a visita ou busca não é permitida, no domicílio do indiciado, senão naquilo e tanto quanto seja verossímil que a prova do crime ou do delito possa ser adquirida pelos efeitos que aí se acham, e em outros lugares senão naquilo e tanto quanto haja presunção de que as peças de convicção aí estejam ocultas”* (*“O Processo Penal Brasileiro”*, vol. II, 4.ª ed., Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro/RJ, 1959, p. 54 – grifo nosso).

O parágrafo 1.º do art. 240 do Código de Processo Penal afirma que a busca domiciliar é permitida quando *“fundadas razões”* a autorizarem. Estas fundadas razões constituem, como lembra TORNAGHI, a condição de legitimidade da diligência. O grande processualista também ensina o que se deve entender por fundadas razões: *“Claro que o fundamento das razões é avaliado, antes de mais nada, pela autoridade que ordena a busca. É matéria prudencial, como não poderia deixar de ser. Mas, exatamente por isso, a resolução da autoridade pode sempre ser contrastada, posteriormente, por outras autoridades,*

por via administrativa ou judiciária. (...) O juízo da autoridade sobre a conveniência da busca é feito **a priori**. Pode acontecer que a diligência seja infrutífera e revele **a posteriori** não corresponder aquele juízo à realidade. Pouco importa. A lei exige fundadas razões e essas razões se fundam na suspeita, grave, séria, confortada pelo que a autoridade sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio da prova vai ser conhecida. Fundadas razões são as que se estribam em indícios de que a pessoa ou coisa procurada se encontram na casa em que a busca deve ser feita.” (“Compêndio”, cit., p. 1010 – grifo nosso).

Ou seja: das abalizadas lições trazidas à colação exsurgem quatro exigências fundamentais para a afirmação da existência das “fundadas razões” que autorizem uma busca domiciliar. São elas:

- a) a autoridade deve analisar com extrema cautela a hipótese;
- b) é preciso que haja informações prévias do cometimento de um delito já verificado;
- c) devem estar presentes indícios graves de culpabilidade do indiciado; e
- d) a realidade dos fatos deve ser pré-conhecida, sendo incabível a busca e apreensão para obter elementos de convicção absolutamente desconhecidos até aquele momento em que foi ordenada a diligência.

Da ilegalidade das buscas e apreensões levadas a efeito sem observância das regras acima expostas resulta que os elementos assim colhidos não podem, a rigor, serem chamados de “prova”. Como se sabe, o artigo 5.º da Carta Magna declara, em seu inciso LVI, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Segundo o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER, “por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis” (“Nulidades no processo penal”, Malheiros Editores, 2.ª ed., 1992, p. 109).

Por fim, deve-se insistir no fato de que a utilização de provas ilícitas fere o princípio constitucional do devido processo legal. Nenhum cidadão deste país pode ser denunciado, julgado ou condenado com base em provas ilícitas. O eminente Min. CELSO DE MELLO, em voto magistral proferido no julgamento do famoso caso “Magri”, assim se pronunciou a respeito da matéria: “A cláusula constitucional do **due process of law** — que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público — tem, **no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas**, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado a partir de

elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado”.

E em seguida completava: “A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, **por mínimo que seja**, de eficácia jurídica” (STF, Ac. unânime, Inq.º 657-2/DF, publ. DJ 30/09/93 – grifos do original).