

# CONHECIMENTO FORTUITO E APREENSÃO DE DOCUMENTOS NO PROCESSO PENAL

## INCIDENTAL KNOWLEDGE AND SEIZURE OF DOCUMENTS IN CRIMINAL PROCEDURE”

FABIANO YUJI TAKAYANAGI

Mestrando em Direito Processo Penal pela  
Faculdade de Direito da USP  
Assistente do Professor Maurício Zanóide de  
Moraes em Direito Processual Penal, na Faculdade  
de Direito da USP.  
Advogado.

fyt\_f@hotmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Os direitos e garantias fundamentais 1.1 A função dos direitos fundamentais 1.2 Os direitos e garantias individuais 1.3 Os direitos fundamentais no Brasil 1.4 A regra da inviolabilidade de domicílio na Carta de 1988 1.4.1 A acepção do termo “casa” 1.4.2 As regras<sup>1</sup> e os princípios<sup>2</sup> nos direitos fundamentais 1.4.2.1 Critérios para distinção 1.4.2.2 Princípios como mandamento de otimização 1.4.3 As colisões entre princípios e os conflitos entre regras 1.4.3.1 Colisões entre princípios 1.4.3.2 Conflitos entre regras 1.4.4 A estrutura normativa da inviolabilidade de domicílio 2. Busca e apreensão no processo penal brasileiro – noções gerais 2.1 Da busca e da apreensão no processo penal . 3. Conhecimento fortuito na apreensão de documentos 3.1 Das coisas não sujeitas e sujeitas à apreensão 3.2 Momentos da apreensão 3.2.1 Apreensão decorrente de busca profícua 3.2.3 Apreensão e encontro casual ou fortuito 3.2.3.1 Encontro fortuito de coisas ou pessoas vinculadas ao fato investigado 3.2.3.2 Encontro fortuito de coisas ou pessoas não vinculadas ao fato investigado 4. Errônea aplicação da “teoria da boa-fé” da doutrina e jurisprudência estadunidense para validação de uma prova advinda de encontro casual **Conclusão. Referências.**

1 Para De Plácido e Silva: “REGRA. Do latim *regula*, de *regere* (dirigir, reger), entende-se tudo o que dispõe ou que se estabelece para servir de *modo*, de *forma* ou de *ordem*, a fim de que sejam conduzidas as coisas ou sejam executados os atos. Por esta razão, *regra* e *régua*, de origem idêntica, trazem sentidos equivalentes. Expressam a *pauta* que deve ser seguida na execução dos atos ou servem para *traçar a linha* indicativa da ordem ou do modo de proceder. Juridicamente, a *regra* traz o sentido geral: é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Vol. III e IV. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 75).

2 De Plácido e Silva define “PRINCÍPIO. Derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo de vida* ou o *primeiro instante* em que as pessoas ou coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. PRINCÍPIOS. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. (...)” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Vol. III e IV. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447).

## RESUMO

Quando se trata do tema do conhecimento fortuito no momento de apreensão de documentos no processo penal, é inevitável a atenção máxima aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que existem proteções inerentes aos indivíduos que devem ser respeitadas na atuação penal do poder-dever do Estado. Nesse sentido, o presente estudo tem o foco em demonstrar a importância dos direitos fundamentais com especial ênfase na regra da inviolabilidade do domicílio pela Constituição Federal de 1988, devendo-se aclarar o conceito do termo “casa”, ainda impreciso e citado de forma aleatória em muitas doutrinas e legislações. Por fim, aprofundando o tema, será analisado o instituto da busca e apreensão no processo penal brasileiro, com peculiar atenção no momento da apreensão no qual pode ocorrer o conhecimento casual de coisas ou pessoas vinculadas ou não ao fato investigado.

## PALAVRAS-CHAVE

Conhecimento fortuito; apreensão de documentos; inviolabilidade do domicílio; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

*When it comes to the issue of incidental knowledge at the moment of seizing documents in criminal proceedings, it is inevitable to focus attention on fundamental rights and guarantees, since there are inherent protections to individuals who must be respected in the criminal activities of the power-duty of the State. In this sense, this study focuses on demonstrating the importance of fundamental rights with special emphasis on the rule of home inviolability in the Constitution of 1988, and clarify the concept of the term “home”, still imprecise and quoted at random in many doctrines and laws. Finally, reflecting on the theme, the institute will analyze the search and seizure in criminal proceedings in Brazil, with particular attention to the time of the seizure may occur in which the casual acquaintance of things or people linked to the fact, or not, investigated.*

## KEY-WORDS

*Incidental knowledge; seizure of documents; home inviolability; fundamental rights.*

## 1. Os direitos e garantias fundamentais

### 1.1 A função dos direitos fundamentais

José Afonso da Silva ensina que os direitos fundamentais referem-se aos princípios “que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de um vivência digna, livre e igual a todas as pessoas”<sup>3</sup>. Explicitam, portanto, a função de evidenciar aos indivíduos de determinada sociedade quais seriam seus direitos essenciais para o convívio na coletividade e quais seriam elencados como primordiais em face de um Estado detentor do poder legal da força.

Alexandre de Moraes, por sua vez, declara que os direitos fundamentais têm a função de defesa com uma dupla perspectiva, ao citar Canotilho:

constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmo (liberdade negativa)<sup>4</sup>.

Em clara análise de Luis Maria Díez-Picazo, os direitos fundamentais teriam duas funções bem definidas: uma função de proteção e outra de legitimação<sup>5</sup>. A função de proteção estaria mais evidente e teria maior prioridade, pois seriam instrumentos de salvaguarda frente aos poderes públicos, estes sem distinção, ou seja, Poder Executivo, Legislativo, Judiciário. E a plenitude da função protetora se alcança quando os direitos fundamentais se vinculam ao legislador e só ocorre quando houver um sistema de controle constitucional das leis. Assim, os direitos fundamentais, nesta função, não consistem somente em limitar os poderes legislativos, mas também a atividade administrativa e jurisdicional, ainda, também se permite um funcionamento global de todo um ordenamento jurídico.

A função segunda de legitimação consiste que os direitos fundamentais operam para distinguir o justo do injusto e, igualmente, o respeito em

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180.

4 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

5 DIEZ-PICAZO, Luiz María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2ed. Madrid: Civitas, 2003, pp. 42-44.

atuações concretas em cada Estado ou, de forma geral, de toda uma organização política. Adotando-se o constitucionalismo, o Estado deve existir em última instância para proteger os direitos fundamentais, que sem o devido respeito a esses direitos, não se pode haver democracia, tampouco concordância civil.

Atualmente, a função de legitimação dos direitos fundamentais tem sido acentuada no plano internacional, no qual o próprio artigo 6º do Tratado da União Européia (UE) define que a UE se baseia em princípios da liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos e as liberdades fundamentais e o Estado de Direito, princípios comuns a todos os estados-membros. Dessa forma, o respeito aos direitos fundamentais não somente determina a aceitabilidade de um regime político por parte dos cidadãos, como também o respeito internacional de um país.

Assim, os direitos fundamentais são uma forma de limitação do poder, uma forma de delimitar proteções aos indivíduos e à coletividade de forma legal. O poder político estabelecido em Constituições se transforma em uma garantia institucional do pacto entre sociedade e governo.

## 1.2 Os direitos e garantias individuais

Os direitos e garantias individuais foram resultado de obra da revolução anglo-franco-americana que se iniciou<sup>6</sup> em 1689, na Inglaterra, dando prosseguimento em 1776, nas colônias norte-americanas, consumando-se em 1789, na França.

Embora se pense que houvesse em 1689 na Bill of Rights inglesa uma declaração de direitos individuais, não se tratava de uma declaração propriamente dita, era apenas uma menção a três direitos individuais, quais sejam, liberdade pessoal, segurança pessoal e propriedade privada.

Nesse sentido, segundo Paulino Jaques, igualmente, as declarações de direitos norte-americanas (Virgínia, Nova Jersey e Carolina do Norte)

6 Alexandre de Moraes entende que a origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada desde o antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., sendo que o Código de Hammurabi (1690 a.C.) seria a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens. Outro marco, segundo o autor, seria a *Magna Charta Libertatum* em 1215, que previa diversas garantias que permanecem até os dias modernos (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral*. 8ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 6-13).

resumiam-se sob a forma de atos legislativos autônomos. Sendo que somente posteriormente incorporadas aos textos das Constituições adquiriram força de normas constitucionais, veja-se pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, no seu artigo 16, que inaugurava o seguinte: o “Estado que não garantia os direitos individuais, nem separava os poderes, não tinha constituição”<sup>7</sup>.

Benjamin Constant, em seus escritos, explanava que todos os franceses possuíam direitos individuais, independente de qualquer autoridade política. Em nota de Célia Quirino<sup>8</sup> a este entendimento de Constant, conclui que os direitos civis já estariam considerados e estabelecidos como fundamentais do Homem e que, a partir da Revolução Francesa de 1789, já estava presente em todas as Constituições Francesas. Isso seria uma preocupação com a manutenção e a garantia que esses direitos seriam respeitados, ainda mais após o seu completo desrespeito em época imperial.

Assim, nos termos de Paulino Jacques, “as garantias constitucionais são, na realidade, tão importantes quanto os direitos declarados; sem elas, estes se tornariam letra morta. As garantias são os meios que asseguram os direitos declarados. Protegem as liberdades individuais contra o arbítrio do poder”<sup>9</sup>.

Contudo, a concepção mais recente dos direitos individuais é mais ampla, pois os direitos individuais não só existem para proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado, como também aceita-se a noção da proteção de um indivíduo contra o outro, ou contra um grupo de indivíduos.

Entende-se, à luz dos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, como a eficácia horizontal dos direitos fundamental, isto é,

as pessoas em geral, físicas ou jurídicas, em muitas hipóteses podem levar a efeito comportamentos agressivos aos valores encarnados nos direitos individuais. E, assim sendo, a ordem jurídica não pode ficar cingida apenas à conformação exclusiva dos poderes do próprio Estado. O Ente estatal não pode permanecer indiferente a essas opressões. Pelo contrário deve agir no sentido de reprimi-las, assumindo o papel de protetor

7 JAKES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 452-453.

8 CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. Notas Célia N. Galvão Quirino. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 313.

9 JAKES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 483.

dos direitos individuais<sup>10</sup>.

Portanto, percebe-se uma clara evolução na proteção dos direitos individuais no sentido de garantir a integridade de qualquer indivíduo seja em face do poder Estatal como se via nos primórdios de suas aparições, seja em face do conceito atual de outro(s) particular(es), uma vez que estes podem figurar como agentes agressores desses mencionados direitos.

### 1.3 Os direitos fundamentais no Brasil

No Brasil, todas as Constituições enunciaram Declarações de Direitos. De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a Constituição do Império de 1824 proclamava direitos fundamentais, semelhantes aos das Constituições dos Estados Unidos da América e da França, nos 35 incisos do artigo 179. Contudo, “a concretização dos direitos fundamentais ficou, entretanto, comprometida com a criação do Poder Moderador que concedia ao imperador poderes constitucionalmente ilimitados”<sup>11</sup>.

A Constituição Republicana de 1891, por sua vez, faz pequenos acréscimos aos direitos anteriormente já tratados na Carta outorgada como, por exemplo, reconhecimento dos direitos de reunião e associação, das amplas garantias penais, etc.

Posteriormente, nas Constituições de 1934, 1937, 1946, e 1967/69, segundo Dimoulis e Martins, uma lista de direitos fundamentais semelhantes à da Constituição de 1891 estava presente. Inovou-se com a Constituição de 1934 quando se incorporou direitos sociais, por exemplo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica a originalidade da Constituição recente com as demais, apresentando algumas variações em relação ao modelo tradicional, seguido pelas anteriores:

Em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de direitos e deveres individuais e coletivos, enquanto no seguinte trata os direitos sociais, para nos subsequentes reger as questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos e, a final, aos partidos políticos. Mas, em terceiro lugar, deve-se re-

10 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 258.

11 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ed. São Paulo, RT, 2011, p. 33.

gistrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às limitações do poder de tributar<sup>12</sup> (grifos à parte)

Complementa-se com o dito por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins quando ensinam que:

A Constituição Federal de 1988 não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referência a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional. A sede materiae está no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, regulamentando os direitos individuais, coletivos e sociais e políticos, assim como as respectivas garantias<sup>13</sup>.

Ainda, deve-se mencionar importante inclusão, via Decreto 678/92, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>14</sup> (Pacto San José da Costa

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 117-118.

13 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ed. São Paulo, RT, 2011, p. 33.

14 Há importante discussão acerca do status hierárquico do Pacto San José da Costa Rica no Brasil, que como um Tratado Internacional ratificado pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/04 (que incluiu, dentre outros dispositivos, os parágrafos 3º e 4º, do artigo 5º, da CR), pode ser entendido como uma norma de direito supralegal, conforme se aduz pelo voto-vista do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, quando se discutia a prisão civil. Outro entendimento acerca desses tratados de direitos humanos é que teriam eles índole e nível constitucionais, de acordo com o Min. Celso de Mello, também manifestado no RE 466.343-SP. Este último posicionamento está de acordo com Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ed. Ciências Criminas vol. 4. Coord. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 15-20). Flávia Piovesan explana que a hierarquia dos tratados internacional dos direitos humanos já se podia prever pela leitura do parágrafo 2º, artigo 5º, da CF, portanto anterior à EC 45/04. E os demais tratados, de seu lado, teriam força hierárquica infraconstitucional. Ainda, explica a existência de quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, a hierarquia supraconstitucional destes tratados; a hierarquia constitucional; a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e a paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Sendo que sua filiação (hierarquia constitucional) está de acordo com a materialidade constitucional desses tratados, independentemente, da necessidade do *quorum* pós EC 45/04, pois sua inovação seria tão somente para reforçar a sua natureza. Justifica sua posição de que tais tratados seriam materialmente constitucionais com quatro argumentos: “a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.” (PIOVESAN, Flávia.

Rica), que foi uma forma para majorar a importância dos direitos fundamentais frente ao Estado, já firmemente incorporados pelo artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, e petrificados<sup>15</sup> pelos ditames do artigo 60, parágrafo 4º, do mesmo diploma, demonstrando a congruência nacional com a global internacionalização e proteção dos direitos fundamentais e sua real legitimação.

Dessa forma, os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 foram apenas reiterações de direitos anteriormente já contemplados, ou acrescidos de novos com maiores especificações/proteções. A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos foi uma forma de adequação e firmamento do Brasil no plano internacional, como integração na preocupação de aplicação eficaz dos direitos fundamentais.

#### 1.4 A regra da inviolabilidade de domicílio na Carta de 1988

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal preconiza que:

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial<sup>16</sup>.

Os direitos e garantias fundamentais expostos na Carta Magna são normas que se diferem por serem regras ou princípios constitucionais, para tanto, é necessário maior aprofundamento do assunto.

*Temas de Direitos Humanos*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 17-24).

<sup>15</sup> As cláusulas pétreas demonstram a intocabilidade dos dizeres sobre as quais recaem, isto é, a intangibilidade de supressão de direito, ou de seu conteúdo essencial por via de Emenda Constitucional. Depreende-se tal conclusão pela leitura da ADIn 2.024-2/DF, medida liminar, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Pelos ensinamentos de Manoela Gonçalves Ferreira Filho, “deve-se considerar que as cláusulas pétreas não alcançam senão direitos fundamentais materiais. Seria uma fraude que protegessem direitos comuns com inabolibilidade. Já que é muito que só possam ser abolidos por emenda constitucional” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127).

<sup>16</sup> Conforme os dizeres de Dinorá Grotti, a especificação da necessidade de determinação judicial para invasão de domicílio durante o dia, sem o consentimento do morador, consagra a reserva jurisdicional (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 116-117).

#### 1.4.1 A acepção do termo “casa”

Não há um consenso na doutrina e na legislação pátria acerca da terminologia da palavra “casa” ou mesmo de “domicílio”; nesse sentido, há que elencar os diversos ordenamentos e suas definições para se chegar a uma conclusão.

O Código Penal tipifica como crime a violação do domicílio, para tanto, no caput do artigo 150 proíbe a conduta de “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. Ainda, delimita em seus parágrafos 4º e 5º como sendo, e não sendo, “casa” o seguinte:

§ 4º - A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

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

§ 5º - Não se compreendem na expressão “casa”:

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

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

O Código de Processo Penal, na parte do meio de obtenção de prova da busca e apreensão, dispõe sobre a possibilidade de busca domiciliar no caput do artigo 240, desde que sejam para cumprir os fins dos seus incisos, independentemente do entendimento de um rol taxativo ou exemplificativo.

Assim, as buscas domiciliares poderão ocorrer nos ditames do artigo 245, concomitantemente com o disposto no artigo 246:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o representante, intimando-o, em seguida, a abrir a porta (...)

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.

O Código de Processo Penal Militar expõe a compreensão do termo “casa” nos seus artigos abaixo transcritos:

Art. 173. O termo “casa” compreende:

- a) qualquer compartimento habitado;
  - b) aposento ocupado de habitação coletiva;
  - c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.
- (...)

Art. 174. Não se compreende no termo “casa”:

- a) hotel, hospedaria ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto abertas, salvo a restrição da alínea b do artigo anterior;
- b) taverna, boate, casa de jogo e outras do mesmo gênero;
- c) a habitação usada como local para a prática de infrações penais.

O Código Civil, por sua vez, quando trata do domicílio dispõe o seguinte:

Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.

Assim sendo, conclui-se com os dizeres de Cleunice Pitombo quando define que a expressão “casa” deverá abranger os seguintes itens:

- (a) a habitação definitiva, ou morada transitória; (b) casa própria, alugada, ou cedida; (c) dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas, ou muradas; (d) qualquer compartimento habitado; (e) aposento ocupado de habitação coletiva, em pensões, hotéis e em casas de pousada; (f) estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; (g) local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; (h) barco, trailer, cabine de trem ou navio e barraca de acampamento; (i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal<sup>17</sup>.

Casa é, portanto, uma acepção ampla, mas o suficiente para se proteger a intimidade dos indivíduos fazendo fazer o direito fundamental elencado pela Constituição Federal de 1988.

17 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 72.

## 1.4.2 As regras<sup>18</sup> e os princípios<sup>19</sup> nos direitos fundamentais

Importante estudo consoante à estrutura das normas de direitos fundamentais deve ocorrer quanto à diferenciação crucial entre regras e princípios. A clássica distinção foi introduzida por Ronald Dworkin e muito bem elaborada por Robert Alexy.

Pois bem, a visão de Dworkin<sup>20</sup> era voltada mais para uma teoria liberal do direito, fazia duras críticas ao positivismo jurídico de L.A. Hart e continha um cunho mais político-social. Sua noção seguia a vertente de John Rawls<sup>21</sup>, principalmente no conceito de posição original e dos princípios de justiça: liberdade e igualdade, ainda, sua teoria não excluía nem o raciocínio moral, nem o raciocínio filosófico, baseado nos princípios do liberalismo individualista.

Para Ronald Dworkin,

a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribuiu para a decisão. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando

18 Para De Plácido e Silva: “REGRA. Do latim *regula*, de *regere* (dirigir, reger), entende-se tudo o que dispõe ou que se estabelece para servir de *modo*, de *forma* ou de *ordem*, a fim de que sejam conduzidas as coisas ou sejam executados os atos. Por esta razão, *regra* e *régua*, de origem idêntica, trazem sentidos equivalentes. Expriem a *pauta* que deve ser seguida na execução dos atos ou servem para *traçar a linha* indicativa da ordem ou do modo de proceder. Juridicamente, a regra traz o sentido geral: é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Vol. III e IV. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 75).

19 De Plácido e Silva define “PRINCÍPIO. Derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo de vida* ou o *primeiro instante* em que as pessoas ou coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. PRINCÍPIOS. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como base, como *alicerce* de alguma coisa. (...)” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Vol. III e IV. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447).

20 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 35-46.

21 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um<sup>22</sup>.

Robert Alexy inovou ao racionalizar de forma concatenada e bem explicada a diferenciação entre regras e princípios. Sua justificativa para tal distinção é por entender ser a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Ainda, não só complementa o entendimento da dogmática dos direitos de igualdade e de liberdade, como também dos direitos a proteção, organização e procedimento e a prestações em sentido estrito, por conseguinte, os problemas como os efeitos dos direitos fundamentais frente a terceiros e a repartição de competência judiciária podem ser esclarecidos.

Por fim, acrescenta que “a distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”<sup>23</sup>.

Cabe deixar claro que tanto regra, quanto princípio são normas, cuja formulação de mando poderiam ser expressões deonticas de dever, da permissão e da proibição. Tem-se, portanto, a diferenciação entre duas espécies de normas.

#### 1.4.2.1 Critérios para distinção

A doutrina aponta diferentes critérios de diferenciação entre uma regra e um princípio como, por exemplo, a distinção por alguma gradação, por separação em classes distintas, por qualidade entre normas, sendo que esta última é a adotada por Alexy.

Robert Alexy elenca três teses possíveis e diversas acerca da diferenciação entre regras e princípios: a primeira tenta distinguir as normas em duas classes, porém dada a diversidade existente, seria fadada ao insucesso. Isso porque “na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais

22 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 39-42.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinadas da maneira que se desejar. Conclui Alexy que:

não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicada de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos<sup>24</sup>.

A segunda é aquela que faz a diferenciação somente por grau, ainda que se divida de forma relevante em regras e princípios. Nesse sentido, para os doutrinadores que apoiam o grau de importância, os princípios seriam as normas de maior importância do ordenamento jurídico, as regras, por sua vez, teriam a função de concretizar os princípios. E para aqueles que entendem a necessidade de distinção por grau de abstração e generalidade, os princípios teriam um grau de abstração maior que o das regras.

Já a terceira diferenciação aponta para uma diferenciação na qual não há tão somente uma gradação entre as normas, mas também uma diferença qualitativa. Alexy defende essa corrente, pois seria a forma mais precisa de se distinguir as regras dos princípios. Para tanto, o jurista inicia toda uma construção racional para essa demonstração, conforme pode-se abaixo observar.

#### 1.4.2.2 Princípios como mandamento de otimização

Alexy explica que o ponto culminante entre regras e princípios está no entendimento de que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamento de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”<sup>25</sup>.

Por outro lado, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível<sup>26</sup>.

Finaliza demonstrando, assim, que se trata de uma diferenciação qualitativa e não gradativa e toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

### 1.4.3 As colisões entre princípios e os conflitos entre regras

A estrutura das normas em explanação demonstra que o conflito ou colisão geram resultados diferentes, vez que em um caso permite-se a conciliação das normas, já em outro, percebe-se a incompatibilidade entre um dever-ser jurídico do outro.

#### 1.4.3.1 Colisões entre princípios

No caso das colisões entre princípios, isto é, na proibição de um e na permissão de outro, um dos princípios deverá ceder. Ocorre certa precedibilidade de um em face do outro sob determinadas condições.

Alexy coloca que “os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência<sup>27</sup>. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

O jurista desenvolveu a “lei de colisão” que a divergência entre os mandamentos de otimização ocorrerá por meio do sopesamento entre os interesses conflitantes. Assim, a solução desse embate principiológico consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Ensina Alexy que a “lei de colisão” seria um dos fundamentos da teoria dos princípios, pois “ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis<sup>28</sup>.

26 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

27 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

28 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

Os princípios não possuem mandamentos definitivos, mas sim *prima facie*, isto é, tem-se razões que podem ser afastadas por motivos antagônicos. “Não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas<sup>29</sup>. Nesse sentido, num ordenamento jurídico, quanto maior for o peso atribuído aos princípios formais, maior será o caráter *prima facie* de suas regras.

#### 1.4.3.2 Conflitos entre regras

No caso das regras, o conflito somente pode ser solucionado se houver a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção com o objetivo de eliminar o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida.

Assim, em determinado caso, pode-se perceber a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas contraditórias entre si, e “essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida<sup>30</sup>.

Ademais, esse problema poderia ser resolvido por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, igualmente, é possível proceder de acordo com a importância de cada conflito. Sendo crucial a decisão sobre a validade da norma.

Portanto, enquanto um princípio cede lugar a outro quando, em determinado caso concreto, é conferido maior peso a um em face de outro princípio antagônico, as regras não podem ser superadas dando um maior peso a uma em detrimento da outra, mas sim incluindo uma cláusula de exceção, ou declarando a divergente inválida.

### 1.4.4 A estrutura normativa da inviolabilidade de domicílio

Em sendo toda norma ou uma regra, ou um princípio, para sua distinção é uma questão de interpretação, nem sempre fácil de se chegar a uma conclusão. Ainda, segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais, pelo fato de constituírem direitos elencados pela Carta Maior, somente podem

29 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

30 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.



ser restringidos por ou em virtude de normas de hierarquia constitucional, logo as restrições a direitos fundamentais ou são normas de hierarquia constitucional, ou são normas infraconstitucionais cuja criação tem a proteção em autorização contida em normas constitucionais<sup>31</sup>.

No tocante ao direito e garantia fundamental elencado no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que dispõe: “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”.

É um direito fundamental já afirmado nas tradições inglesas, conforme citação de Alexandre de Moraes do discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”<sup>32</sup>.

Pois bem, o direito fundamental do artigo 5º, inciso XI, da Carta Maior é uma regra pelas seguintes conclusões: Robert Alexy ensina que as restrições por direitos fundamentais são feitas por normas compatíveis com a Constituição que restringem a posição *prima facie* de um direito fundamental, cerceiam a própria realização de um direito fundamental. As regras, nesse sentido, podem restringir um direito fundamental se no lugar de uma liberdade *prima facie* surge uma não-liberdade definitiva.

Nesse sentido, fica claro que o legislador limitou a atuação estatal consoante à casa, porém essa inviolabilidade não é absoluta, pois foi posta uma cláusula de exceção em que não haveria a necessidade de consentimento do morador para a violação da casa nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

No processo penal a busca domiciliar é uma forma de restrição legal à regra da regra constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Por essa razão, a regra está delimitando ao má-

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 284-286.

32 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral*. 8ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 136.

ximo a atuação estatal para proteção da esfera íntima da vida individual e familiar. Nesse sentido, ressalvadas as exceções, no caso de invasão durante o dia, haveria a necessidade de determinação judicial, é “portanto o magistrado que analisará se está diante ou não de caso que comporte invasão. Ele o fará dentro de uma ampla discricionariedade que a Constituição lhe confere”<sup>33</sup>.

Portanto, percebe-se que quanto mais um direito fundamental estiver delimitado por meio de uma regra, maior será sua proteção, uma vez que as “cláusulas de exceção” deverão estar habilmente expostas a fim de evitar violações a esses direitos e delimitar o âmbito de restrição. Assim o é na regra da inviolabilidade de domicílio constitucional.

## 2. Busca e apreensão no processo penal brasileiro – noções gerais

O tema da busca e apreensão encontra-se no Título VII - Da Prova no processo penal, Capítulo XI, dos artigos 240 a 250. Contudo, o instituto não se trata de um meio de prova propriamente dito, mas um meio de obtenção de prova.

Walter P. Acosta já dizia que tal instituto se trata de um meio de prova, sendo que a busca seria uma diligência e a apreensão uma consequência daquela<sup>34</sup>. Assim, há que se fazer a diferenciação entre meio de prova do meio de obtenção de prova, conforme Antonio Magalhães Gomes Filho separa terminologicamente:

meios de prova, ou seja, os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova) (...) referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação dos dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)<sup>35</sup> (grifos à parte).

33 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 312.

34 ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 7ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1969, p. 259.

35 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 308-309.

Paolo Tonini<sup>36</sup> elenca quatro distinções entre ambas as terminologias, quais sejam, a primeira ocorre pelo fato do elemento probatório se formar após a realização do meio de prova, já o meio de investigação da prova é adquirido para o procedimento em um elemento probatório já pré-existente.

A segunda distinção se deve ao fato dos meios de provas serem produzidos perante um juiz, em contrapartida, os meios de investigação de prova “podem ser produzidos pelo juiz, pelo Ministério Público nas investigações preliminares, e, em algumas hipóteses, pela polícia judiciária durante a fase de investigação”<sup>37</sup>.

A terceira diferenciação que se é feita está no caso dos meios de investigação de prova, cujo elemento “surpresa” está presente, isto é, não se prevê a comunicação ao defensor do investigado, quando ocorre em fase de investigação. Por outro lado, os meios de prova podem ser produzidos durante as investigações preliminares mergulhado na garantia do contraditório.

Por fim, os meios de prova se diferem dos meios de investigação de prova pelo fato dos primeiros serem juntados diretamente nos autos em momento oportuno do processo, já, os segundos são simplesmente juntados diretamente aos autos, uma vez que não podem ser repetidos.

Dessa forma, depreende-se que é por meio da busca e apreensão que conservam os elementos de prova apreendidos. E somente após, dependendo da fonte de prova obtida, o meio de prova será produzido.

Quanto à natureza da busca e apreensão, Paulo Lúcio Nogueira entende ser: “uma medida acautelarória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas: buscas constituem diligências que podem ser realizadas antes e durante o inquérito, durante a instrução ou mesmo na fase de execução, para prender um condenado”<sup>38</sup>.

José Frederico Marques entende que a busca e apreensão constituem “providências cautelares

para garantir a produção de prova referentes aos vestígios do crime”<sup>39</sup>. Melhor expandindo, “é procedimento cautelar destinado a formar corpo de delito e sobretudo o *corpus instrumentorum*, do fato delituoso, mediante atos de coação da Polícia Judiciária”<sup>40</sup>.

No mais, a finalidade da busca e apreensão está na apreensão de objetos necessários à prova da infração, ou seja, com o fito de descoberta de elementos de provas.

Cabe deixar claro que embora o Código de Processo Penal tenha associado a busca com a apreensão, dada a relação meio-fim, é possível ocorrer uma busca sem apreensão, veja-se no caso de uma busca de um documentos sem, contudo, encontra-lo.

Nos dizeres de Gustavo Badaró, a “busca consiste em ato de procura de pessoa ou coisa”, e a “apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos”<sup>41</sup>.

É, portanto, uma medida de natureza eminentemente cautelar com o objetivo de acautelar o material probatório obtido seja ele coisa, animal, ou pessoa, que não estejam ao alcance imediato da Justiça.

A medida pode ocorrer antes da instauração do inquérito policial, durante o procedimento investigatório, durante o processo e ao longo da execução penal, sendo que há a possibilidade de ser determinada *ex officio* pelo magistrado, ou mediante requerimento das partes, conforme o artigo 242, do CPP.

## 2.1 Da busca e da apreensão no processo penal

A busca, segundo Paolo Tonini, “é um meio de investigação de prova que tem a finalidade de assegurar determinado objeto para o processo ou de permitir a prisão de uma pessoa”<sup>42</sup>. Cleunice Pitombo define busca como sendo:

39 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 291.

40 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 287.

41 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 271.

42 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, pp. 244.

36 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, pp. 242-243.

37 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 242.

38 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 7ed. Soa Paulo: Saraiva, 1993, p. 170.

ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração<sup>43</sup>.

Aury Lopes Jr. afirma que compreende a busca como forma destinada a algo, portanto quem busca, busca algo. E se encontrado esse objeto, será apreendido. Dessa forma, “é uma medida instrumental, cuja finalidade é encontrar objetos, documentos, armas, nos termos do artigo 240, com utilidade probatória. Encontrado, é o objeto apreendido, para, uma vez acautelado, atender sua função probatória no processo”<sup>44</sup>.

Pode-se, à luz da leitura dos artigos do Código de Processo Penal, dividir a busca em duas espécies: a busca domiciliar e a pessoal.

Nesse sentido, o artigo 240, parágrafo 1º, do CPP, elenca em suas alíneas quais seriam os objetivos da busca domiciliar, quais sejam, prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes; e colher qualquer elemento de convicção.

Para que a busca domiciliar seja possível, há a necessidade de serem cumpridos os seguintes requisitos: ordem judicial escrita e fundamentada, uma vez que há a restrição de direitos permitida por reserva de jurisdição (artigo 5, XI, CF); indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência, conforme o artigo 243, CPP; cumprimento da diligência durante o dia, salvo se consentida à noite, pelo morador (artigo 245, CPP); uso eventual da força e arrombamento nos

casos de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou qualquer pessoa no local, conforme parágrafos 3º e 4º do artigo 245, do CPP.

Por outro lado, a busca pessoal ocorre quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos, por exemplo, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; necessários à prova de infração ou à defesa do réu; cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; ou qualquer elemento de convicção.

Embora se perceba certa violação à intangibilidade do direito à intimidade e à privacidade elencados no artigo 5º, X, da CF, a busca pessoal independe de mandado, 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. A apreensão, por sua vez, nos dizeres de Cleunice Pitombo, pode

conduzir a guardar e conservar elementos sensíveis da infração penal. Às vezes, traz consigo indícios, muito embora tal fato jamais baste para lhe dar exclusiva natureza de meio de prova. O apossamento de prova material não lhe esgota a essência, também. A eventual necessidade de apreender-se, com urgência, coisa ou pessoa, de igual modo, não autoriza, só por isso, classificar a apreensão qual medida cautelar. (...) Daí, a razão de afirmar-se que a apreensão, ao despontar no processo penal, não tem única natureza jurídica<sup>45</sup>.

Guilherme de Souza Nucci define o instituto da apreensão como sendo:

medida assecuratória, que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos. Eventualmente, tem a finalidade de atuar como meio de prova. Pode representar a tomada de um bem para acautelá-lo ou o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova<sup>46</sup>.

Cabe salientar a distinção da apreensão com as medidas assecuratórias de sequestro e arresto. A apreensão tem como objeto o elemento direto do

43 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 109.

44 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 690.

45 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 240.

46 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 130.

crime como, por exemplo, o automóvel furtado, roubado.

Contudo, conforme Aury Lopes Jr. expõe, “o sequestro de bens do artigo 125 recai sobre todo e qualquer bem adquirido com os proventos da infração, por exemplo: sequestra-se o carro adquirido com o dinheiro obtido no roubo de um banco”. E ainda, o arresto do artigo 137, de seu lado, “tem por objeto os bens móveis de origem lícita, diversa do crime. Assim, no crime de homicídio, por exemplo, pode ser arrestado o automóvel do imputado, tendo por fim resguardar os efeitos indenizatórios decorrentes da (eventual) sentença penal condenatória”<sup>47</sup>.

A finalidade da apreensão é variada, pois pode servir para o direito administrativo nos caso de proteção de pessoas vítimas de crime, ou ao direito penal, quando assegura eventual perdimento de bens como efeito da condenação, ou ao processo penal no momento em que se obtém e conserva elementos de prova<sup>48</sup>.

É, nos termos de Cleunice Pitombo, a finalidade da apreensão “retirar pessoas e coisas do poder de quem as detém ou retém, guardando-as e protegendo-as. A guarda, nesse laço, volta-se ao intento probatório”<sup>49</sup>.

Sendo assim, embora a busca e a apreensão sejam institutos tratados pelos doutrinadores ou de forma dissociada, ou de forma unificada, percebe-se claramente que se complementam, pois a segunda é decorrência sucessiva da primeira sendo positiva, ou seja, busca-se o que se deseja e encontrando o visado, captura-se.

### 3. Conhecimento fortuito na apreensão de documentos

Entendidos os institutos da busca e da apreensão, cabe aprofundar a noção da apreensão de documentos nos encontros fortuitos, tema do presente estudo.

47 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 706-707.

48 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 241-242.

49 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 243.

### 3.1 Das coisas não sujeitas e sujeitas à apreensão

No primeiro caso, existem coisas que por sua própria natureza não estão sujeitas à apreensão como é o caso do sangue, da saliva, da impressão digital, pois nesses casos, estão sujeitos à colheita, de acordo com o artigo 240, parágrafo 1º, “h”, concomitantemente com o artigo 6º, III, todos do Código de Processo Penal.

Ou ainda, coisas como a palavra falada, pois não se pode apreender, tocá-las, vez que se tratam de informação, comunicação, dessa forma, o que se procede é a gravação e redução a termo do conteúdo dos dados. Assim, a documentação dessa gravação com sua devida transcrição pode ser objeto de apreensão.

Ou também, as coisas móveis intransponíveis, conforme ensina Cleunice Pitombo, quando afirma que a apreensão sendo ato de apossamento, retira-se coisas do poder de quem as retém, porém existem casos em que tal procedimento é inviável dada a impossibilidade de deslocamento, por exemplo, uma plantação de *cannabis sativa* (maconha), o que ocorre é um deslocamento de uma amostragem, uma pequena quantidade.

Já no segundo caso, existem as coisas perecíveis de tal sorte que caso sejam facilmente deterioráveis, o Código de Processo Penal elenca o procedimento do artigo 120, parágrafo 5º, do CPP, qual seja, “tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade”. Nesse caso, a perícia deve ser realizada o quanto antes a fim de evitar qualquer deterioração e inutilização do elemento de prova.

Ainda no segundo caso, existem as coisas perigosas em si, conforme elenca Cleunice Pitombo<sup>50</sup>, como é o caso de explosivos, materiais radioativos, gases tóxicos, portanto, exigem-se normas específicas sobre a forma de seu armazenamento e destruição.

Por fim, os papéis e documentos estão sujeitos à apreensão, contudo merecem cuidados especiais, vez que existem ditames constitucionais para os casos de correspondências, ou então proteções a

50 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 249-250.

documentos acobertados pelo sigilo profissional.

Para os papéis, como as cartas, há proteção constitucional do artigo 5º, XII, e uma vez apreendidos, poderão ser tratados como prova ilícita, do artigo 5º, LVI, da CF. Ademais, a proibição consta no Código de Processo Penal no artigo 233, *caput*, quando dispõe: “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. E é punida com a violação desse bem jurídico de acordo com os artigos 150 e 151 do Código Penal.

Contudo, cabe salientar que há disposição contrária ao direito fundamental da inviolabilidade de correspondência, pois consta na lei processual penal autorização para apreensão de “cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato”, de acordo com o artigo 240, parágrafo 1º, “f”, do CPP. Pode-se interpretar que se trata de uma disposição inconstitucional, vez que afronta direitos fundamentais e, portanto, não foi o artigo recepcionado pela atual Carta Republicana.

No tocante à apreensão de documentos sob sigilo profissional, encontra-se o sigilo profissional protegido por normas constitucionais, conforme se depreende pelo artigo 5º, XIV, da CF, na parte em que é “assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Ainda, na advocacia, o Código de Ética da OAB corrobora e preserva esse entendimento na seguinte disposição dos artigos 25 e 26:

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte

Concomitante à Lei 8.906/94, que regula o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 7º, XIX, que elenca como direito do advogado: “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva

funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”.

### 3.2 Momentos da apreensão

No momento procedimental da apreensão podem ocorrer três situações: a decorrente de busca profícua; exibição voluntária; e encontro fortuito<sup>51</sup>. Veja-se cada uma deles.

#### 3.2.1 Apreensão decorrente de busca profícua

Nessa espécie de apreensão, há relação direta com os limites constitucionais e processuais da busca. Dessa forma, o apossamento advindo de uma busca ilegal, ou arbitrária, não pode ser valorada de forma alguma. A apreensão ilegal contamina os atos dele resultantes, não serve ao processo. Segue-se o dito por Cleunice Pitombo:

eventual ilegalidade ocorrente na busca contagia, por completo, o apossamento dela originário. Nenhum valor, portanto, há de se lhe atribuir no devido processo penal. Inexiste lógica em almejar um processo justo, técnico e ético abandonando as garantias aludidas, nomeadamente o devido processo *law*: o devido processo e procedimento penal<sup>52</sup>.

Ora, a apreensão acaba por ser ilegal se advém de uma busca igualmente proibida por lei. É a contaminação do meio de prova.

#### 3.2.2 Apreensão com exibição voluntária

Não pode ocorrer a simples apresentação da coisa, há que verificar determinados pressupostos, quais sejam, licitude ou ilicitude na obtenção da coisa exibida à autoridade policial ou judiciária; necessidade da transferência de posse, ou seja, retirar a coisa do poder de quem a retém; ser o apossamento imprescindível para a instrução criminal.

Dessa forma, na falta de qualquer um desses requisitos, torna-se a apreensão com exibição voluntária inútil e arbitrária.

51 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 264.

52 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 265.

### 3.2.3 Apreensão e encontro casual ou fortuito

Nesse momento, há que se fazer uma importante distinção no tocante ao encontro fortuito de coisa ou pessoa na realização de um mandado de busca e apreensão. Dessa forma, os temas serão melhores abordados nos subitens abaixo.

#### 3.2.3.1 Encontro fortuito de coisas ou pessoas vinculadas ao fato investigado

Pode a autoridade policial se deparar com a situação na qual, ao executar o mandado de busca e apreensão, encontra coisas ou pessoas não discriminadas no mandado, nesse sentido, em se tratando de um crime permanente, poderá proceder à apreensão das coisas ou pessoas do delito investigado ligadas, uma vez que o estado de flagrância persiste dos artigos 5º, inciso XI, da CF (“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” – grifos à parte); e artigo 303, do CPP (“Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”).

Ainda, de uma forma mais ampla, pode-se adotar, mesmo não havendo discriminação no mandado de busca e apreensão de todas as coisas ou pessoas a serem apreendidas, o defendido por Paolo Tonini quando expõe que “as coisas encontradas durante a busca, se constituírem o corpo de delito ou a ele forem pertinentes, serão apreendidas”<sup>53</sup>. Bastaria, nesse caso, constituírem esses objetos pertencentes ao corpo de delito para fazerem parte da apreensão, já que haveria uma ordem judicial permitindo a violação inicial.

De tal sorte que pela leitura do artigo 243, parágrafo 2º, do CPP (“Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”), permite-se a violação não só do domicílio, como também do sigilo profissional, concluindo-se que esta seria uma inviolabilidade relativa.

Ou ainda, no sentido de ampliação da apreensão dos demais objetos vinculados à infração penal e

53 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 245.

não especificados no mandado, vez que já haveria ocorrido uma restrição ao direito fundamental devidamente motivado em autorização judicial. Ainda porque o Código de Processo Penal não elencaria um rol taxativo no artigo 240.

Cleunice Pitombo defende a opinião na qual “logo que tiver conhecimento da infração penal, deve preservar o lugar do crime”<sup>54</sup>, para tanto, vale-se do artigo 6º, incisos I e II, do CPP. Assim, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais e apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais.

Tal atitude tem o objetivo de preservar o local do crime evitando a perda de elemento de prova, essenciais para a reconstrução futura dos fatos, e ocorrendo flagrante, ou não, dispensaria autorização judicial.

Nessa mesma seara, Guilherme de Souza Nucci entende que deverá ser preservado o local e solicitado ao magistrado competente autorização específica para apreensão do material encontrado casualmente. Isto é, “deve preservar o local e as coisas encontradas, solicitando, de imediato, ao juiz de plantão uma autorização legal para proceder à apreensão. Assim, não se despreza a nova prova, mas também não se apreende algo que não é objeto do mandado de busca e apreensão”<sup>55</sup>. Contudo, nem sempre a adoção desse procedimento se mostra viável.

Sendo assim, em se tratando de crime permanente, os demais objetos não constantes no mandado de busca e apreensão poderão ser apreendidos pelo fato de pertencerem ao delito investigado por se tratar da permanência do estado de flagrância.

Ainda, o Código de Processo Penal demonstra a inviolabilidade relativa quando permite a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado que constituírem elementos do corpo de delito, embora se viole o artigo 7º, XIX<sup>56</sup>, do Esta-

54 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 266.

55 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 137.

56 “Art. 7º São direitos do advogado: (...) recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de

tuto da OAB, quanto ao sigilo profissional para o exercício constitucional da profissão.

Por fim, existe a interpretação de que o artigo 240, do CPP, não elenca um rol taxativo de objetos apreensíveis, portanto, se outros objetos estiverem vinculados ao crime em investigação, mas não especificados no mandado, poderão ser apreendidos. Tal posicionamento se mostra muito amplo permitindo arbitrariedades e fugindo da legalidade, pois daria permissão à autoridade judiciária vastos poderes na restrição do direito fundamental, trazendo insegurança jurídica e até mesmo vindo a inserir ao processo provas ilícitas, que ferem a Constituição Federal no seu artigo, inciso LVI.

### 3.2.3.2 Encontro fortuito de coisas ou pessoas não vinculadas ao fato investigado

Uma relevante discussão ocorre nesse subitem, pois há ocorrências nas quais a autoridade judiciária responsável pode se deparar com a seguinte situação ao executar o mandado de busca e apreensão: encontrar coisas ou pessoas não discriminadas no mandado e não relacionadas ao fato investigado, mas atinentes a outro crime.

Primeiramente, há que se seguir os preceitos do princípio da legalidade, portanto, a estrutura legal da elaboração de um mandado de busca e apreensão deve ser rígida, por conseguinte, todos os requisitos de um mandado devem ser fielmente seguidos, bem como sua execução, que deve ser a mais eficaz possível evitando qualquer violação além da reservada e permitida em lei.

É de se seguir o ensinamento por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes quando a busca domiciliar advier de mandado:

cabe ao juiz que o expediu escorar a sua determinação em dados justificadores da suspeita razoável de ser a medida necessária para a apreensão de pessoas ou coisas importantes para a apuração do crime ou a demonstração de fatos relevantes da causa. Por outro lado, é mister que do mandado constem os informes previstos no art. 243 do CPP, necessários para o fiel cumprimento da ordem judicial e para evitar abusos<sup>57</sup>.

quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitui sigilo profissional" (grifos à parte).

57 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades*

No mais, a autoridade policial, na realização do mandado judicial, encontra-se em uma via bifurcada em que de um lado pode cometer o crime de prevaricação do artigo 319, do Código Penal ("retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"), e de outro, o crime de abuso de autoridade da Lei 4.898/65. Assim, a proporcionalidade seja como princípio, seja como regra, deve estar presente em qualquer conduta a ser realizada pelo órgão investigativo.

Pois bem, no caso de uma busca e apreensão autorizada regularmente, nos termos do artigo 243, do CPP, e no decorrer da diligência em um domicílio, se surgirem outras provas objeto diverso da apreensão a ser realizada, mas relevantes, ou elementos de informação buscados, em outro crime apurado ou de outro delito, é de concluir que haverá uma ilicitude por desvio de objeto de busca.

Contudo, Antonio Scarance Fernandes, citando Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, elenca outra vertente, apoiada no direito espanhol, na qual o "encontro fortuito" de material probatório referente a crime diverso, mas conexo com o crime investigado e de responsabilidade do mesmo sujeito passivo valeria como uma *notitia criminis*.

Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não valeria a prova. Cuida-se de prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova e a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente<sup>58</sup>.

Percebe-se uma posição mais branda para que a prova obtida permaneça com um valor reduzido a ponto de considerá-la um *notitia criminis*. Não parece uma posição segura quando se analisa que há a possibilidade disso se tornar um hábito para descoberta de novos crimes com uma sociedade passiva e violada em seus direitos fundamentais.

Manuel da Costa Andrade, por sua vez, adota o seguinte posicionamento com base em seu exemplo:

A, que aguarda julgamento em prisão preventiva escrive a B pedindo-lhe que subtraia ou falsifique documentos que podem vir a ser utilizados contra A em

*no processo penal*. 11ed. São Paulo: RT, 2009, p. 162.

58 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 98-99.

relação a crime diferente daquele que motiva a prisão preventiva. Também aqui cabe questionar se a carta, legalmente apreendida para efeitos do processo que levou à prisão preventiva, poderá ser igualmente valorada no processo em vista do qual foi solicitada a subtração ou falsificação dos documentos<sup>59</sup>.

O doutrinador português oferece o mencionado exemplo para explicar sua tese na qual poderão ser admitidos e valorados todos os objetos advindos da apreensão por meio de conhecimento fortuito. Seu fundamento está baseado na legislação alemã que autorizaria a apreensão de todos os objetos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com um crime. Explica melhor afirmando ser uma razão de economia processual com o objetivo de se evitar a repetição de formas e diligências.

Ora, nesse sentido, há que se concordar com Cleunice Pitombo, pois “em processo penal, que tem como escopo a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, não se pode, em nome da “economia processual”, abrandar, ou tornar complacentes preceitos processuais dela protetivos”<sup>60</sup>.

Eugênio Pacelli de Oliveira, na “Teoria do Encontro Fortuito de Provas”, se apoia no sentido de que não seria a conexão que justificaria a licitude da prova, mas o seguinte:

O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque, uma coisa é a justificação para a autorização da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a justificação da medida (...), mas sim, com a aplicação da lei<sup>61</sup>,

Em vertente oposta, Aury Lopes Jr. defende a ideia de que os atos judiciais que determinam apreensões são plenamente vinculados e limitados. “Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma “especialidade” da medida. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vincu-

59 ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 277.

60 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 267-268.

61 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 15ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 369.

lação àquele processo”<sup>62</sup>.

Dessa forma, haveria uma vinculação causal da prova, que seria a especialidade, em relação ao ato judicial que permitiu sua obtenção, portanto, não seria viável um desvio causal e ilegal da prova autorizada.

A situação fica mais delicada nos casos de encontro de pessoas não vinculadas ao crime em investigação durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, uma vez que existirá uma ampliação na violação de direitos fundamentais. Há, nesse caso, obrigatoriedade da expedição de um mandado judicial devidamente fundamentado para que essa pessoa seja apreendida, caso contrário, é dar azo ao descaso das proteções constitucionais.

Ainda, não se pode alegar o simples exercício do poder de polícia quando se encontra coisas, ou pessoas, não vinculadas aos fatos do crime investigado, pois se uma busca é ampliada, automaticamente, há mais ferimentos de um número indeterminado de direitos individuais constitucionais.

Inegável o poder-dever da autoridade policial na prevenção e repressão dos delitos, porém não pode, ao mesmo tempo, alargar seu campo de atuação. Não pode Polícia ter a liberdade de cometimento de um sem número de violações aos direitos fundamentais em prol de uma maior eficácia da apuração das infrações penais.

Além disso, o encontro fortuito seja de coisas, seja de pessoas está intimamente ligado à teoria das provas ilícitas por derivação da árvore dos frutos envenenados (“fruit of poisonous tree doctrine”), pois se houve a execução de um mandado de busca e apreensão para uma finalidade, porém desviado para execução de outra e a partir daí outros elementos de provas colhidos, todos estes estarão contaminados por aqueles.

Pode-se citar a contaminação de prova por meio do exemplo do HC 93.050<sup>63</sup> (Relator: Min.

62 LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 574.

63 “Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. [...] o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer



compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). [...] Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “*privilege du préalable*”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária.[...] A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “*Exclusionary Rule*” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”. [...] A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. [...] A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da

CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, publicado em 01/08/2008), cujo caso teve a apreensão de documentos contábeis e fiscais realizada sem autorização judicial pela Fiscalização Tributária e Polícia Federal, em escritório de contabilidade, espaço privado, não aberto ao público, portanto, violação de domicílio, caracterizando ilicitude da prova por derivação. Assim, todas as provas foram inutilizadas para o processo, uma vez que a contaminação inicial abarcou todos os elementos probatórios derivados da ilicitude inicial.

Conforme Pitombo, “a apreensão ilegal vicia tudo quanto dela venha decorrer. É preciso recordar, sempre, de que o processo consiste em instrumento público, técnico e ético. Intolerável que ato classificado como inexistente ou nulo produza elementos de convicção salutares. A exigência da verdade e a reconstrução do fato ilícito, na persecução penal encontra limites”<sup>64</sup>.

Nesse sentido, além da autoridade policial estar cometendo o crime de abuso de autoridade da Lei 4.898/65, igualmente, estará contaminando as provas da busca ilegal, isto é, todos os objetos da busca decorrentes não poderão ser utilizadas no seu respectivo processo por serem provas ilícitas por derivação, em aceitação da teoria estadunidense dos “frutos da árvore envenenada”.

#### 4. Errônea aplicação da “teoria da boa-fé” da doutrina e jurisprudência estadunidense para validação de uma prova advinda de encontro casual

Uma análise deve ser feita quando se trata de encontro fortuito de coisas ou pessoas no sentido de se tentar inclui-lo a um processo como uma prova lícita invocando-se erroneamente a doutrina estadunidense da teoria da boa-fé como uma das espécies das exceções às provas ilícitas por derivação.

inviolabilidade domiciliar.[...] A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“*AN INDEPENDENT SOURCE*”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “*SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES* (1920); *SEGURA V. UNITED STATES* (1984); *NIX V. WILLIAMS* (1984); *MURRAY V. UNITED STATES* (1988)”

64 PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, p. 270.

Assim, o presente tópico tem o objetivo de demonstrar quais seriam os reais casos em que o princípio da boa-fé poderia ser aplicado para a validação de uma prova ilegal como exceção à “exclusionary rule” da doutrina norte-americana.

A teoria da boa-fé foi elaborada pela Corte Suprema dos Estados Unidos e, segundo Maximiliano Hairbedián, consiste na possibilidade de valorar provas obtidas com infração a princípios constitucionais se esta ocorreu sem intenção, geralmente, por erro ou ignorância sendo introduzida a partir do caso *US v. Leon*<sup>65</sup>. Constitui, portanto, uma exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada.

É uma exceção à regra de exclusão que advém da 4ª Emenda da Constituição Norte-Americana que dispõe:

O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas a serem apreendidas<sup>66</sup>.

Assim, a doutrina e jurisprudência se pautaram na situação em que um agente de polícia teria executado um mandado de busca e apreensão e obtido provas com a boa-fé na validade da autorização judicial, porém posteriormente declarada nula, assim os direitos processuais constitucionais contidos na 4ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América não teriam sido violados, portanto, não se procedeu à aplicação da regra de exclusão<sup>67</sup>.

Segundo Carlos Fidalgo Gallardo, o pressuposto subjetivo da exceção da boa-fé é a ausência de intencionalidade distorcida por parte do agente de polícia<sup>68</sup>. Assim, o pressuposto subjetivo está

65 HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Vilella Editor, 2002, p. 80.

66 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html> - acesso em 29.11.11).

67 GALLARDO, Carlos Fidalgo. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 444-445.

68 GALLARDO, Carlos Fidalgo. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*.

intrincado na consciência deste agente, portanto, necessita-se de critérios objetivos dada à insegurança que poderia trazer aos Tribunais inferiores na aplicação.

Dessa forma, a jurisprudência estadunidense elencou quais seriam os casos em não existiria a boa-fé, portanto, inaplicável a teoria da *good faith exception*. Seriam os critérios objetivos<sup>69</sup>: 1) não haveria boa-fé se o agente tivesse feito uma declaração falsa, ou que trouxesse dúvidas quanto à veracidade; 2) falta de imparcialidade do magistrado que decretou a ordem, ou seja, caso tenha se distanciado da sua função judicial; 3) se as declarações juradas vertessem em informações e derivassem em conclusões que não viriam a ser convenientemente fundadas, justificando a restrição da intimidade fazendo com que a ordem fosse irrazoável; 4) falta de especificação na delimitação da ordem de busca e apreensão, isto é, não se pode conter termos vagos e imprecisos. Igualmente não se pode ampliar os significados dos termos; 5) embora a ordem de busca e apreensão tivesse sido declarada nula, ela deveria ter sido executada em seus próprios termos, como se válida fosse no momento de execução.

Assim sendo, aprofundando a noção da boa-fé criada pela Corte Superior Norte-Americana como sendo uma exceção à teoria da árvore dos frutos envenenados, percebe-se que existem requisitos não só subjetivos, mas principalmente objetivos que devem ser preenchidos para que seja devidamente aplicada.

Nesse sentido, quando se transpõe a mencionada doutrina para o Brasil com o fito de ajustá-la aos casos pátrios, percebe-se que não está sendo corretamente adaptada, pois invoca-se unicamente a boa-fé subjetiva dos agentes na execução do mandado concluindo-se pela aceitabilidade das consequências dele advindas.

Tal posicionamento é equivocado, pois não se pode importar uma doutrina e simplesmente adotar o que se convém, mas sim, em sua inteireza, logo cumprir todos os requisitos subjetivos e objetivos para a real utilização da *good faith exception* é o sentido correto a se seguir.

Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 446-447.

69 GALLARDO, Carlos Fidalgo. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 448-450.

## CONCLUSÃO

Os direitos e garantias fundamentais têm suma importância nos ordenamentos jurídicos, pois impõem limites à atuação estatal, que, ao mesmo tempo, tem o poder-dever de prevenir e reprimir infrações penais e ponderar nas suas investidas investigativas e processuais.

Tamanha importância desses direitos é representada pela sua incorporação na Constituição Cidadã de 1988 e fortalecidos por meio da impossibilidade de excluí-los mediante Emendas dado engessamento sob a forma de cláusulas pétreas. É uma garantia institucional do pacto entre a sociedade e o governo.

O tema do conhecimento fortuito e da apreensão de documentos no processo penal está intimamente ligado à regra da inviolabilidade de domicílio do artigo 5º, inciso XI, da CF, uma vez que para apreender determinado documento, há que se restringir o direito fundamental tratado em prol de uma atuação do Estado no âmbito criminal. Sendo a inviolabilidade de domicílio uma regra, para sua restrição, uma cláusula de exceção foi imposta para que o direito fosse reduzido tomadas as devidas cautelas a fim de não se ferir outras garantias fundamentais.

Assim, a apreensão de documento é decorrência de uma busca, sendo ambos os institutos complementares e, no mesmo instante, independentes, pois pode-se haver uma busca sem apreensão.

E quando se tem um conhecimento casual, estar-se-á diante de uma terceira espécie do momento da apreensão, ocorrendo possíveis dilemas: haverá a possibilidade de apreender objetos outros vinculados ao fato investigado, mas não discriminados no mandado (?); ou haverá a possibilidade de apreender objetos outros não vinculados ao mandado, nem ao fato investigado (?), e se este último ocorrer, qual seria sua finalidade.

Para o primeiro caso, não se tratando de uma situação de flagrância diante de um crime permanente, não se pode simplesmente ampliar o rol de objetos de busca do mandado, pois não se respeitaria o princípio da legalidade e permitiria que a autoridade executora buscasse e apreendesse elementos além dos necessários, violando direitos e atuando de forma abusiva.

Para o segundo caso, mais delicada é a situação,

pois embora existam posicionamentos doutrinários aceitando a possibilidade de utilizar os elementos de prova como, ao menos, uma notícia criminis, há que se respeitar a especialidade do mandado de busca e apreensão e não ferir outros direitos fundamentais além dos já restringidos.

Nesse sentido, é evidente que um elemento de prova não vinculado ao fato investigado obtido fortuitamente na realização de uma busca é considerado como uma prova ilícita, que fere direitos materiais constitucionais, portanto, inadmissíveis no processo devendo ser desentranhado o quanto antes, evitando-se qualquer contato e contaminação de outros elementos probatórios.

Igualmente, não se mostra viável adotar a teoria da *good faith exception* como forma de validar a prova ilicitamente obtida, pois não tem sido aplicada em sua real concepção da doutrina e jurisprudência estadunidense.

Sendo assim, nos casos de conhecimentos fortuitos de documentos não vinculados ao mandado de busca e apreensão e vinculados ao fato investigado, em respeito aos ditames legais e não se tratando de crime permanente, a situação mais aceitável seria a realização de melhores investigações prévias para abarcar o maior número de objetos apreensíveis a fim de se evitar ao máximo a restrição dos direitos fundamentais.

Quanto aos conhecimentos fortuitos de documentos não vinculados ao mandado, tampouco ao fato investigado, o elemento de prova obtido se mostra ilícito, portanto inutilizável para qualquer procedimento investigativo ou processo, é uma prova ilícita, que contamina todas as outras dela derivadas.

## REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 7ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1969.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ed. São Paulo: Saraiva: 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. Notas Célia N. Galvão Quirino. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DIEZ-PICAZO, Luiz María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2ed. Madrid: Civitas, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ed. São Paulo, RT, 2011.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ed. São Paulo: RT, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GALLARDO, Carlos Fidalgo. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ed. Ciências Criminais vol. 4. Coord. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre busca e apreensão em caso de flagrante delito. In. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ed. São Paulo: RT, 2009.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Vilella Editor, 2002.
- JAQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 1ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral*. 8ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 7ed. Soa Paulo: Saraiva, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 15ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PITOBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Vol. III e IV. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23/50.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 10ed. São Paulo: Saraiva, 1987.