

**A BUSCA E APREENSÃO
DOMICILIAR NO PROCESSO PENAL
E OS CRIMES CONTRA A ORDEM
ECONÔMICA**

**HOUSE SEARCHING AND SEIZING IN
THE PENAL PROCESS AND CRIMES
AGAINST THE ECONOMIC ORDER**

TITO LIVIO BARICHELLO

Advogado criminalista, especialista em direito administrativo pela UFSC, especialista em direito criminal pelo UNICURITIBA e Mestre em direito empresarial e cidadania pelo UNICURITIBA. Foi professor de direito penal na Universidade do Contestado (UNC).

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Etimologia do termo; 3. Conceito de busca e apreensão; 4. A incorreta utilização da prisão temporária nos crimes contra a ordem econômica; 5. A primazia dos princípios e garantias constitucionais na utilização da busca e apreensão; 5.1 o princípio da presunção de inocência como limitador do poder de cautela; 5.2 direito à intimidade e a privacidade; 5.3 A abrangência do vocábulo *casa* e o horário para cumprimento do mandado; 6. As hipóteses legais configuram-se em *numerus apertus* ou *numerus clausus*?; 7. Hipóteses legais; 7.1 prender criminosos; 7.2 apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; 7.3 apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; 7.4 apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; 7.5 descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; 7.6 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; 7.7 apreender pessoas vítimas de crimes; 6.8 colher qualquer elemento de convicção; 8. Ausência de mandado em virtude da presença do juiz; 9. Busca e apreensão com consentimento do morador destituída de anterior mandado judicial; 10. Busca em escritórios de advocacia; 11. A necessidade de uma constante hermenêutica entre a busca e apreensão e a prisão temporária; 12. Conclusão; 13. Bibliografia.

RESUMO

O instituto da busca e apreensão perfaz-se em medida cautelar real, prevista nos arts. 240 e seguintes do CPP, que, suprimindo direitos individuais, encontra justificção em sua finalidade instrumental e emergencial, para o alcance de objetivos persecutórios.

O termo legal possui vocábulos distintos e autônomos, nem sempre interligados por nexos causal, podendo haver apreensão sem busca, e, o oposto, a busca sem apreensão. As hipóteses normativas devem ser interpretadas restritivamente por colidir com direitos fundamentais e, sua utilização depende de anterior mandado judicial, mesmo que presente a autoridade judicial, cujo cumprimento deve ocorrer no período diurno.

A busca e apreensão em escritórios de advocacia somente se justifica para a subtração de elementos do corpo de delito, configurando-se crime de abuso de autoridade sua ampliação para coleta de provas no curso de investigação criminal.

No contexto social vigente, quando bens jurídicos individuais cederam lugar para bens jurídicos supraindividuais, em especial aqueles de cunho econômico, abarcados pela denominada ordem econômica, necessária se faz uma constante hermenêutica entre a busca e a apreensão e a prisão temporária, objetivando-se ocasionar menor gravame ao cidadão, privilegiando-se, desta forma, a cautelar real em detrimento da pessoal.

Palavras-chave: Busca e apreensão – Finalidade instrumental – Interpretação restritiva – Preservação dos direitos fundamentais – Ordem econômica e prisão temporária.

ABSTRACT

The office of search and seizure makes-in real precautionary measure, provided for in arts. 240 and following of CPP, which, by removing individual rights, is justification for its intended purpose and instrumental emergency, to the achievement of objectives research. The legal term has words separate and autonomous territories, not always interconnected by causal link, which may be apprehension without seeking, and, antonymous, search without apprehension.

The hypotheses normative must be interpreted restrictively by clash with fundamental rights and their use depends on previous enjoined judicial, even if this the judicial authority, which must occur during the day. The search and seizure in offices of advocacy only justifiable to subtraction of elements of the body of crime, configuring-if crime of abuse of authority its extension to collection of evidence in the course of criminal investigation.

In the effective social context, when individual legal goods had yielded place for collective legal goods, in special those of economic matrix, accumulated of stocks for the called economic, necessary order if it makes a hermeneutic constant between the search and the apprehension and the temporary arrest, objectifying itself to cause to minor burden to the citizen, being privileged, in such a way, the action for a provisional remedy Real in detriment of the staff.

KEYWORDS: Search and seizure – Finality instrumental – Restrictive interpretation – Preservation of fundamental rights – Economic order and prison temporary.

1 INTRODUÇÃO

Ocorrido o ilícito penal, a polícia judiciária, o Ministério Público, o juiz e, em alguns casos, a própria vítima, têm em suas mãos, instrumento processual de natureza cautelar, colocado à disposição para apreender objetos, instrumentos e, até pessoas que tenham liame com o delito acontecido.

Trata-se da medida cautelar de busca e apreensão, prevista no art. 240 do Código de Processo Penal, que se perfaz em importante instrumento, destinado a coercitivamente, evitar o perecimento das coisas, o desaparecimento das provas e também, das pessoas.

Busca-se neste estudo analisar, perfunctoriamente, o dispositivo legal e seu alcance, com algumas inserções de direito comparado, detendo-se na cláusula genérica do art. 240, letra H, que possibilita a utilização da busca e apreensão para a colheita de “qualquer elemento de convicção”, exurgindo, como importante instrumento, a substituir a utilização da prisão temporária da Lei nº 7960/89, que no art. 1º, prevê a supressão provisória da liberdade “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”.

Propõe-se um enlace hermenêutico, obrigatório aos aplicadores do direito, toda vez que vislumbrada a possibilidade da utilização da cautelar pessoal da prisão temporária, partindo-se, necessariamente, para uma exegese da cautelar real de busca e apreensão que, muitas vezes, supre o objetivo persecutório, sem macular a liberdade pessoal do acusado. Erige-se tal hermenêutica, com o fito de evitar que a prisão temporária não “seja indevidamente utilizada como instrumento de extorsão de confissões, ou de qualquer outro elemento de convicção”¹.

Nos crimes contra a ordem econômica, em especial naquelas condutas ilícitas comumente inseridas no contexto de uma atividade empresarial, a busca e apreensão apresenta-se como a medida cautelar por excelência para atingir o desiderato persecutório instrumental, de forma diversa da comum opção pela prisão temporária.

2 ETIMOLOGIA DO TERMO

O termo *busca e apreensão*, contém dois vocábulos distintos, com significação diversa, nem sempre presentes quando da consecução da

¹ KAUFFMANN, Carlos. **Prisão Temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 190.

cautelar real que consigna as duas palavras. Analisados, individualmente, o vocábulo *busca* e o vocábulo *apreensão* têm uma amplitude conceitual expressiva que pode ser visualizada, quando, despretensiosamente, procuramos aferir o conceito literal em léxico nacional.

O dicionário Novo Aurélio Século XXI² consigna os seguintes sinônimos ao vocábulo *busca*:

1. Ato ou efeito de buscar. 2. Procura com o fim de encontrar alguma coisa (...); 3. Investigação cuidadosa; pesquisa, exame (...); 4. Procura minuciosa, revista, exame (...); 5. Movimento íntimo para alcançar um fim (...).

Sua origem etimológica não é clara, havendo autores que afirmam que o termo deriva do espanhol, outros do português, do francês (*busq*), e, ainda, aqueles que remontam o nascedouro ao latim (*poscere*)³.

Por sua vez, o termo apreensão é definido como⁴: “1. Ato ou efeito de apreender. (...) Apropriar-se judicialmente de (...) Segurar, agarrar, prender”.

A expressão busca e apreensão é utilizada para designar situações jurídicas distintas e, não, necessariamente contínuas, posto haver a possibilidade da ocorrência de uma busca sem qualquer apreensão, “pois pode ocorrer que nada seja encontrado”⁵.

Tal distinção é trazida de longa data pela doutrina, conforme ensinamento de Walter P. Acosta⁶, para quem “a primeira consiste em uma diligência, e a última numa medida conseqüente àquela”.

Para Aury Lopes Jr. configura-se em desacerto legislativo, com “institutos diversos tratados de forma unificada”⁷:

A sistemática do CPP não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura uma medida cautelar com meios de prova e, ainda, sob uma mesma

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 344.

³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 105.

⁴ FERREIRA, 1999. p. 171.

⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007. p. 653.

⁶ ACOSTA, Walter P. **O Processo Penal**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973. p. 259

⁷ LOPES JR, 2007. p. 652.

designação, dois institutos diversos (busca de um lado e apreensão do outro)⁸.

Perfaz-se cotidiana a ocorrência de *apreensão* sem a *busca*, “por exemplo, se o próprio acusado entrega à autoridade o instrumento do crime (...)”⁹. Compreende-se, então, a existência de situações diversas inseridas em um mesmo vocábulo “sendo que a autonomia dos institutos verifica-se, também, pela eventualidade de apreensão sem busca, ocorrente na exibição voluntária do que se procura”¹⁰.

A dicotomia de tratamento do instituto em questão vige na Itália, com a “*perquisizione*” e o “*sequestro*”, o que também ocorre em Portugal com a distinção entre a “*busca e revista*” e a “*apreensão*”, similarmente ao direito alemão e francês¹¹.

Compreende-se necessária a mudança do termo *busca e apreensão*, que designa a cautelar real em apreço, por muitas vezes ter como corolário de sua utilização, resultado diverso daquele constante na palavra designativa, ou seja, comumente cumpre-se o mandado de busca e apreensão, sem nada apreendido, bem como, realiza-se a apreensão sem uma busca anterior.

3 CONCEITO DE BUSCA E APREENSÃO

Estabelecida a distinção entre os dois termos, que compreende conteúdos diversos, inseridos no mesmo instituto, passa-se a analisar esta medida cautelar que é tratada como meio de prova no CPP, conforme depreende-se de sua localização topográfica, inserida no Livro I, Título VII, sob o título DA PROVA.

O CPP elenca em seu art. 240 do CPP as hipóteses legais de busca e apreensão:

A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º. Proceder-se-á a busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; (...)

⁸ Ibid. p. 653.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 370.

¹⁰ PITOMBO, 2005. p. 103.

¹¹ Ibid. p. 103-104.

Para Julio Fabbrini Mirabete¹²:

O art. 240 relaciona ainda objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. Embora a busca e apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

No entender de Borges da Rosa¹³, “busca é a diligência que se faz em determinado lugar, com o fim de aí encontrar-se pessoa ou coisa que se procura”. Configura-se na “pesquisa, procura ou varejo feito por ordem da autoridade competente para os fins declarados em lei¹⁴”.

Na compreensão de Mayer¹⁵:

É um meio coercitivo, pelo qual é, por lei, utilizada a força do Estado para apossar-se de elementos de prova, de objetos a confiscar, ou da pessoa do culpado, ou para investigar os vestígios de um crime.

De acordo com Tourinho Filho¹⁶:

As buscas e apreensões constituem diligências que podem ser realizadas antes da instauração do inquérito, durante sua elaboração, no curso da instrução criminal e até mesmo na fase de execução, para prender o condenado, por exemplo.

Para Cleonice Bastos Pitombo¹⁷, a busca tem, como conseqüências, máculas aos direitos fundamentais, restringindo-os no interesse persecutório:

Consiste, na verdade, em medida instrumental, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoa,

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 621.

¹³ BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo Penal Brasileiro**, Porto Alegre: Globo, 1942. p. 144.

¹⁴ Maria S. V. S. Lopes. **ABC do Processo Penal**. V. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 257.

¹⁵ A. Mayer. Apud: FRANCO, Alberto Silva. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 2100.

¹⁶ TOURINHO FILHO, 2005. p. 371.

¹⁷ PITOMBO, 2005. p. 293.

semovente, coisa ou vestígio, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com o fato investigado, pretensamente ilícito e típico.

4 A INCORRETA UTILIZAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica encontra-se expressamente inserida no Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo por princípios, entre outros, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente¹⁸.

Luis Roberto Barroso, quando trata da ordem econômica e financeira, postada no Título VII, Capítulo I, art. 170 da Constituição Federal, insere ampla legislação penal e extra-penal pertinente ao título, como a Lei nº. 4131/62 (aplicação de capital estrangeiro), Lei nº. 4.595/64 (política monetária), lei nº. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), Lei nº. 8.078/90 (Código do Consumidor), Lei nº. 8.137/90 (crimes tributários), Lei nº. 8.884/90 (infrações à ordem econômica), Lei nº. 8.887/95 e Lei nº 9.074/95 (concessão e outorga de serviços públicos) e Lei nº 9.069/95 (plano Real e o sistema monetário)¹⁹.

Para Silva Neto, compreende-se por ordem econômica no texto constitucional pátrio²⁰:

[...] tanto o plexo normativo, de natureza constitucional, quanto a forma como estão se sucedendo, de fato, as relações econômicas. Temos, assim, o reconhecimento quanto à existência de uma ordem econômica no plano do dever-ser e uma outra atada ao mundo do ser.

Na atual conjuntura social, bens jurídicos de caracteres individuais perderam espaço para bens jurídicos supraindividuais, principalmente

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Título VII – Da ordem econômica e financeira. Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV- Livre concorrência; V- Defesa do consumidor; VI- Defesa do meio ambiente; [...]”.

¹⁹ BARROSO, 2006, p. 895-896.

²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 791.

²¹ RÍOS, Rodrigo Sánchez. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 775 v., p. 433.

aqueles de natureza econômica, considerados “fundamentais para a realização do indivíduo na sociedade”²¹. Objetiva-se com tal inserção regram a atividade econômica, através da “intervenção direta ou indireta na economia, conduzir a sinergia da iniciativa individual para a efetivação do interesse coletivo”²².

Debates sobre a “criminalidade organizada” são comuns, em virtude de um novo momento vivenciado em nosso cotidiano, com a constante promulgação de leis ordinárias que tipificam condutas correlacionadas ao tema²³. É corrente a utilização de meios complexos para a lavagem de dinheiro, com profissionais dotados de extrema habilidade, informática de última geração, escamoteando-se o resultado ilícito em atividades aparentemente legais, advindo um poder que, “em alguns casos, ultrapassa o possuído pelos governos”²⁴. No entanto, não aceita-se um direito penal econômico desvinculado dos primados que regem o direito penal tradicional, conforme apregoam doutrinadores, que almejam um regramento penal econômico não entabulado “conforme os dogmas tradicionais, pois, do contrário, a sociedade restará à mercê dos grandes grupos econômicos que ditam as regras de sobrevivência: lucro a qualquer custo”²⁵.

Esta nova criminalidade assume múltiplas facetas, entre as quais, a denominada criminalidade empresarial, que Luiz Antonio Câmara²⁶ define nos seguintes termos:

Os crimes de empresa constituem uma categoria diferenciada de infrações penais, marcada pela sujeição ativa distinta (agentes com alto poder aquisitivo), sujeição passiva difusa (não especificação das vítimas) e vulneração de bens supra-individuais [...].

Para Renato de Mello Jorge Silveira a criminalidade de empresa possui alta complexidade, em virtude de caracteres próprios, como o “ato delitivo realizado por grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e

²² SILVA NETO, op. cit., p. 791.

²³ ESTELITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminoso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 13.

²⁴ MAIA, 2007, p. 14.

²⁵ DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003. p. 27.

²⁶ CÂMARA, Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. In: GEVAERD, JAIR; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 231.

com ideal divisão de funções”, ocasionando dificuldades na imputação da conduta típica, como no caso do voto secreto ou não explicitado²⁷.

No entanto, erigem-se pesadas críticas à nomenclatura “criminalidade da empresa”, para abarcar os delitos econômicos, pois “parece-nos imprecisa, em vista que os sujeitos ativos dos crimes contra a economia não se resumem às empresas”²⁸.

Com escopo de fazer frente a essa nova criminalidade, a *praxis* evidencia a constante utilização da prisão processual nos crimes contra a ordem econômica com base na Lei nº 7.960 de 21-12-1989, cuja conexão advém do tipificado no art. 1º, III, “I”, que permite a prisão em virtude da formação de quadrilha ou bando, do art. 288 do C.P., bem como, pela expressa previsão da supressão da liberdade pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, da Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986.

Quando utilizada nos crimes contra a ordem econômica, a prisão temporária se perfaz, comumente, em uma pena cautelar, adiantando o poder punitivo estatal, muitas vezes não respaldado ao final por uma sentença condenatória. Verifica-se usualmente a utilização da segregação processual com finalidade, única e exclusiva, de gerar coação psicológica ao preso e alcançar a produção de provas, em ofensa ao princípio constitucional da não auto-incriminação. Infiere-se que a prisão temporária “somente cumpre seus verdadeiros objetivos quando inobservados direitos e garantias constitucionais mínimos colocados à disposição do preso”²⁹.

Não se pode olvidar que o direito de permanecer silente materializa-se em qualquer fase da persecução penal, seja no trâmite administrativo de um inquérito policial ou em processo judicial, não podendo a utilização deste direito ser gerador de ameaça direta ou indireta à liberdade de qualquer pessoa. O exercício do direito de permanecer calado “de não produzir prova contra si mesmo, por outro lado, não acarreta uma presunção de culpabilidade”³⁰

As cautelares – especialmente a prisão temporária - são utilizadas, precipuamente, com intuito de persuadir o preso a produzir prova contra si ou contra outras pessoas³¹. Havendo confissão ou delação por parte do encarcerado, obtém como prêmio a liberdade. Do contrário, pede-se a

²⁷ SILVEIRA, 2006, p. 31.

²⁸ RÍOS, 2000, p. 445.

²⁹ CÂMARA, 2006, p. 239.

³⁰ PACHECO, 2008, p. 136.

³¹ KAUFFMANN, 2006, p. 93-94.

renovação da prisão temporária, ou até, a transformação em preventiva, como verdadeiro castigo, por não abjurar ao seu direito constitucional de não formar prova contra si.

Exsurge ao aplicador do direito, o dever de averiguar no caso concreto, a real possibilidade de substituir a cautelar pessoal de prisão temporária, pela cautelar real de busca e apreensão, quando o fito puder ser alcançado sem prejuízo persecutório.

A existência do princípio da adequação na imposição de medidas cautelares, impõe a concreção do resultado esperado, mostrando que a supressão da liberdade é pertinente para aquele caso concreto. Dentre as possibilidades ofertadas pelo ordenamento, o princípio da adequação passa a exigir do aplicador do direito aquela que “representa o menor gravame ao direito sacrificado”³².

Devemo-nos ater à realidade das prisões processuais no Brasil e em toda América Latina, aonde cerca de $\frac{3}{4}$ dos encarceramentos existentes, estão embasados em cautelares sem uma sentença com trânsito em julgado, como bem nos ensina Eugênio Raul Zaffaroni³³.

Para Winfried Hassemer, tratando do direito alemão³⁴:

[...] el hecho de que el “condenado normal” sólo sea condenado en un 13,2% a una pena privativa de libertad, pero los detenidos en prisión preventiva sean condenados en un 81,8% puede ser leído como una comprobación del prejuicio judicial frente a una detención anterior [...]

³² CRUZ, op. cit., p. 95-96.

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 70: “A característica mais destacada do poder punitivo latino americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ - dos presos está submetida a medida de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que a muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória transformada definitivamente em prática”.

³⁴ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción: Patricia S. Ziffer. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, 1998. p. 101-102. Tradução: [...] o fato de que o “condenado normal” somente será condenado em 13,2% a uma pena privativa de liberdade, porém os detidos em prisão preventiva são condenados em 81,8% pode ser lido como uma comprovação do prejuízo judicial frente a uma detenção anterior [...].

Por suprimir o *jus libertatis* sem o exaurimento de um processo circundado de garantias constitucionais, as medidas cautelares somente podem ser empregadas em situações excepcionais, buscando assegurar “o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução”, momento em que o direito perigosamente transita entre o risco da impunidade e o medo da injustiça³⁵.

A corrente utilização da supressão provisória do *status libertatis* no decorrer da persecução penal nos crimes econômicos, vivificando-se “tratamento processual discriminatório para os imputados por crimes de empresa³⁶”, em choque com os parâmetros constitucionais, inviabiliza o intento de materializar o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, profundo exercício hermenêutico faz-se premente com a significativa mudança de paradigmas vigentes na sociedade atual, quando a celeridade das relações econômicas e sociais, maculam preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, na utilização das medidas cautelares pessoais, nos crimes contra a ordem econômica.

Na atual conjuntura social, cabe ao Estado não efetivar-se em percursor da violência³⁷. Pelo contrário, tem a obrigação e o dever de combater a “lógica do sofrimento” que vigora no sistema pátrio, quando se utilizam as prisões processuais com desvio de finalidade, de forma desnecessária e continuada, em caráter evidentemente retributivo, buscando demonstrar à comunidade, por meio destas cautelares, o combate à criminalidade³⁸.

O complexo principiológico positivado que tem como escopo o *jus libertatis*, não tem conseguido garantir a liberdade ao cidadão, visto que “a realidade operativa do sistema punitivo demonstra que freqüentemente

³⁵ CRUZ, op. cit., 2006. p. 1.

³⁶ CÂMARA, 2006, p. 234.

³⁷ CRUZ, 2006, p. 4

³⁸ Ibid., p.12: “O que tem isso a ver com o tema da prisão cautelar? Tem tudo a ver, porque quando se recolhe alguém preso a uma delegacia ou a um estabelecimento prisional, não está a comunidade a indagar se se cuida de prisão-cautela ou prisão-pena; se o preso está cumprindo pena ou se tão somente sendo preso de modo provisório. Esses detalhes técnico-jurídicos não apenas são incompreensíveis à população, como também são irrelevantes. O que vale para o homem do povo é a visão do autor de um crime sendo privado de sua liberdade logo em seguida ao fato, o que, de algum modo, já lhe soa como uma punição. Mantê-lo solto implica não apenas a idéia da impunidade, mas, além disso, a idéia de que o crime não encontra qualquer resposta efetiva por parte do Estado. [...] Registre-se, então, que essa **lógica do sofrimento** é plenamente compatível com nossa cultura [...]”. (grifo nosso)

a intervenção punitiva se realiza de forma perversa e irracional”, sendo que o regramento penal nada mais é do que apenas mais um dos meios de que dispõe o Estado para inibir a criminalidade, perfazendo-se o direito penal na última *ratio*³⁹.

Considerando o caráter emergencial, que presente deve estar na adoção de tão séria medida coercitiva, quando suprime-se a liberdade de alguém sem uma sentença com trânsito em julgado, os princípios tornam-se os principais instrumentos de garantia do cidadão contra os arbítrios estatais.

5 A PRIMAZIA DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA UTILIZAÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO

A utilização da medida cautelar real de busca e apreensão, como instrumento de constrição emergencial, deve ficar adstrita às hipóteses regradas no ordenamento ordinário, subordinando-se a diversos mandamentos constitucionais, que imantam o sistema jurídico.

No entender de Luiz Antonio Câmara⁴⁰, as normas constitucionais atuam como um escudo protetor do indivíduo, evitando o abusivo poder estatal:

A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado. A desproporção de forças, em tal momento, é avassaladora. Com o fito de atenuar a vulnerabilidade do acusado ganham corpo as normas que ostentam garantias de seus direitos, a serem opostas à atuação estatal de molde a torná-la não abusiva.

Aury Lopes Jr.⁴¹ elenca o rol de primados constitucionais, que devem estabelecer limites ao poder cautelar:

A busca (...) encontra-se em constante tensão com os seguintes direitos fundamentais: inviolabilidade do domicílio – dignidade da pessoa humana – intimidade e a vida privada – incolumidade física e moral do indivíduo.

³⁹ DALABRIDA, 2004, p. 19-21.

⁴⁰ CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 27.

⁴¹ LOPES JR., 2007. p. 653.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um rol de garantias e direitos com intento de proteger a casa do indivíduo, sua intimidade, integridade moral, física e vida privada, que perfazem limite à persecução estatal, na utilização da busca e apreensão⁴².

A medida cautelar de busca e apreensão não se encontra regradada, tão-somente, pela legislação processual penal. Deve-se compreender as profundas mudanças advindas da promulgação da Constituição Federal de 1988, que reduziram consideravelmente a aplicabilidade do Código de Processo Penal.

A sujeição de todos ao *jus puniendi* clarifica a dicotomia presente no cotidiano social e forense, entre a pretensão punitiva estatal e o direito do cidadão. Destarte, a persecução penal e a utilização de cautelares, sejam pessoais ou reais, são regradadas por normas ordinárias e, também, por princípios constitucionais, que devem ser vistos como a base e o ápice do sistema a limitar o próprio poder do Estado frente ao cidadão. A jurisprudência pretoriana consigna o cumprimento obrigatório dos princípios constitucionais sob pena de “subversão da ordem”, devendo as normas inferiores submeterem-se às superiores⁴³.

Para o Estado, através de um mandado de busca e apreensão, adentrar à residência de um cidadão e violar seu domicílio, ou restringir a sua liberdade através de uma cautelar de prisão temporária, sem um processo judicial exaurido e uma sentença com trânsito em julgado que aferiu a responsabilidade penal, essencial se faz a adequação da restrição de direito a todo arcabouço principiológico, oriundo da expressa opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito e seus ditames.

O processo penal deve ser visto como um meio de proteção do indivíduo, posto que neste, lhe é assegurado o cumprimento de todos os princípios que garantem a concretude de nossas garantias individuais. A presunção de inocência é um dos baluartes de nosso sistema jurídico, conforme dita o art. 5º, LVII da C.F, não se devendo impor gravames desnecessários àquele que ainda é inocente, como buscas e apreensões

⁴² PITOMBO, 2005. p. 64.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - 6ª C – AP 1095.585-9. Relator: Mathias Coltro – j. 22.04.1998 – DJU 04.06.1998. ‘Princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. Cumprimento obrigatório. – Os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, além, é claro, de quaisquer outros, não de ser respeitados, sob pena de subversão da ordem e possibilitar-se a pura incidência de normas inferiores sem observância às superiores. Em especial quando se cuida do devido processo legal e considerando que estão em jogo interesses que dizem com a própria liberdade do indivíduo.’

desnecessárias ou, ainda mais grave, a supressão provisória da liberdade.

A cautelar de busca e apreensão ocorre sem a participação do imputado, ou seja, desprovida de contraditório, em virtude de sua natureza cautelar excepcional, “implicando na quebra da inviolabilidade do acusado”, motivo pelo qual a urgência e a necessidade são critérios prementes de aferição⁴⁴.

5.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO LIMITADOR DO PODER DE CAUTELA

O princípio da presunção de inocência encontra-se elencado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que encerrou o modelo monárquico francês⁴⁵:

Déclaration des droits de l’homme et du Citoyen du 26 août 1789 - (Placée ensuite en tête de la Constitution de 1791) - (...) **Article 9.** Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi⁴⁶.

No desfecho do século XIX, adequando-se ao retorno do ideário autoritário, o princípio da presunção de inocência foi considerado despropositado, inútil, como consignou Manzini: um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês⁴⁷”.

O Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico estabelecem taxativamente o princípio da presunção de inocência. A Constituição Federal delimita o primado no art. 5º, LVII, quando consigna que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 369.

⁴⁵ DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 70.

⁴⁶ Disponível em: www.geocities.com/marceloeva/Declaração_Direitos_do_Homem.doc. “**Art. 9º.** Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

⁴⁷ DALABRIDA, 2004. p. 70.

Para Canotilho⁴⁸, o princípio da presunção de inocência, se levado a todas as suas conseqüências, impossibilitaria a utilização de qualquer medida cautelar, por se estar atribuindo responsabilidade sobre alguém que não foi condenado. No entanto, seu conteúdo é diverso, tendo como caracteres, entre outros, a “proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido (...)” e, a “proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares”.

No entendimento de Canotilho⁴⁹, o princípio é dirigido aos aplicadores do direito, para que, relevem atenção ao preceito da inocência, quando do deferimento de uma cautelar:

Além de ser uma garantia subjectiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma mais favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa.

Côncios deve-se estar dos ensinamentos do jurista lusitano, verificando na *praxis*, a possibilidade da medida cautelar em apreço, estar se consolidando como uma inversão do princípio da presunção de inocência e, por conseguinte, originando uma pena a um acusado sem condenação, quando da decretação de uma cautelar, tanto real, quanto pessoal.

Discutiu-se no direito pátrio, se o princípio da presunção de inocência estaria a inibir a utilização de cautelares, o que restou pacificado entendimento pelo STF, que sua utilização não decorre de antecipação da reprimenda ou execução penal, mas um instrumento que objetiva o êxito da persecução penal e, como tal, compatível com o princípio em tela⁵⁰.

Para Gilmar Mendes⁵¹ a aplicação de sanção antecipada é incompatível com o princípio da presunção de inocência:

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de

⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Volume 1. 1ª ed. J.J Gomes Canotilho / Vital Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra-PT: Editora Coimbra, 2007. p. 518.

⁴⁹ CANOTILHO, 2007. p. 519.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – HC 85.237. Relator: Min. Celso de Mello – DJ de 29.04.2005;

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 639.

cumprimento da pena que não esteja devidamente fundada em legítimas razões jurídicas e fatos concretos individualizáveis com relação à pessoa do formalmente acusado.

Toda e qualquer constrição de liberdade ou direito precedente a uma sentença, deve guardar harmonia como o Estado Democrático de Direito vigente, possuir caráter de exceção e, ter sua utilização vinculada estritamente ao postulado da presunção de inocência e aqueles relacionados à tutela cautelar, que são os princípios da proporcionalidade e adequação⁵².

5.2 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

A intimidade e a vida privada estão catalogadas entre os direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento jurídico, conforme dita o art. 5º, X, da C.F: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Tais garantias constitucionais devem ser analisadas em sua amplitude, abrangendo não somente a inviolabilidade do domicílio, de correspondência ou sigilo telefônico, mas considerando “a proteção contra danos morais por ataques à dignidade da pessoa”, alcançando a defesa do indivíduo contra “toda ingerência à vida interior, familiar e doméstica; todo ataque à integridade física e moral; toda agressão à honra objetiva e subjetiva (...)”⁵³.

Quando do cumprimento de uma medida cautelar de busca e apreensão, representantes do Estado adentram a um domicílio, com autorização judicial, invadindo a privacidade do acusado, expondo sua intimidade à coletividade. Tal finalidade que se circunscreve em limitação de garantias constitucionais, “há de estar vinculada e ser proporcional ao fato perquirido”⁵⁴.

Para o cumprimento da medida judicial, a polícia poderá utilizar-se da força para alcançar o intento, respaldada no art. 245, § 3º do CPP, que tipifica: “Recalcitrando o morador, será permitido o emprego da força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura”.

⁵² FREITAS, 2004. p. 26.

⁵³ PITOMBO, 2005. p. 81.

⁵⁴ Ibid. p. 82.

Julio Fabbrini Mirabete⁵⁵ esclarece as conseqüências em caso de não concordância do morador:

Em caso de desobediência, que constitui crime previsto no art. 330 do CP, será arrombada a porta e forçada a entrada. Caso o morador queira impedir a diligência, será permitido o emprego da força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

O poder de adentrar a uma residência, se necessário com o uso da força, sem autorização do proprietário, denota claramente o exercício do *jus perseguendi* no ínterim de uma investigação criminal, erigindo o interesse estatal acima do individual, relativizando o primado da intimidade e da privacidade, bem como, da inviolabilidade do domicílio.

Para Gilmar Mendes⁵⁶ a privacidade consubstancia-se em uma necessidade de primeira grandeza:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo o homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento da personalidade.

A privacidade difere-se da intimidade, esta encontra-se inserida naquela, que é mais ampla e abarca a segunda. A privacidade tem um caráter mais abrangente, adentrando a vida profissional, relação com as pessoas no cotidiano, sendo que a intimidade, por sua vez, resultaria de relações mais interligadas, mais próximas, “relações familiares, amizade⁵⁷”.

A privacidade perfaz-se em “um direito subjetivo fundamental” que pertence a todas as pessoas e garante a discricionariedade de exigir o respeito e defendê-lo quando preterido, porque é estritamente pessoal do detentor e “cujo objeto é a integridade moral do titular⁵⁸”.

No entender de José Afonso da Silva, o direito à intimidade pela sua importância e pela maneira que se encontra inserido na C.F, é consectário do direito à vida:

⁵⁵ MIRABETE, 2003. p. 628.

⁵⁶ MENDES, 2008. p. 378.

⁵⁷ MENDES, 2008. p. 377.

⁵⁸ FERRAZ, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº. 1. Coordenador: Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

A Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do caput do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no caput com reflexo ou manifestação deste.

No entanto, tal garantia encontra limites, não podendo ser atribuído “um valor radical à privacidade”, havendo situações que legitimam sua desconsideração, sendo que “é possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevam ao interesse do recolhimento do indivíduo⁵⁹”.

Deve-se buscar em um juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, a solução de conflitos que envolvam o choque de direitos fundamentais⁶⁰. A utilização de uma cautelar pessoal de busca e apreensão, violadora da intimidade e da privacidade de um cidadão fica, então, adstrita à literal imprescindibilidade do ato para os fins da persecução penal.

5.3 A ABRANGÊNCIA DO VOCÁBULO CASA E O HORÁRIO PARA CUMPRIMENTO DO MANDADO

O domicílio é o local em que se exerce a privacidade pessoal em sua amplitude maior, onde se deve alcançar a “tranquilidade da vida íntima⁶¹”. De acordo com o art. 5º, XI, de nossa Carta Magna:

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, **durante o dia**, por determinação judicial. (grifamos)

No entender de Dinorá M. Grotti⁶², o princípio da inviolabilidade do domicílio “significa a proibição de intrusão material em uma habitação privada”. Por esse motivo, o acesso de *intraneus* nas dependências de uma residência, dependerá de mandado judicial, somente podendo ocorrer no período diurno, por força de mandamento constitucional, sendo “ilegal

⁵⁹ MENDES, 2008. p. 381.

⁶⁰ Ibid. p. 285.

⁶¹ MENDES, 2008. p. 387.

⁶² GROTTI, Dinorá Musetti Grotti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 87

(e viciado está o seu resultado) o cumprimento do mandado judicial à noite⁶³”.

O direito pátrio tem utilizado a expressão *casa* e *domicílio* com similaridade conceitual, sendo que a Constituição Federal menciona o termo *casa* como o asilo inviolável, enquanto o código penal tipifica a inviolabilidade do domicílio no tipo penal do art. 150.

A inviolabilidade do domicílio remonta ao direito romano, com entendimento que “*domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit*”, tendo, no entanto, seu verdadeiro ápice na Revolução Francesa, quando estabeleceu-se que “*la maison de chaque citoyen est un asile inviolable*”⁶⁴.

A legislação francesa, que regula a matéria, impõe o cumprimento da busca e apreensão ao período diurno, compreendido entre às 6 e 21 horas, nos seguintes termos⁶⁵:

sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures (...)

O direito alemão, §104 do StPO, estabelece horários diferenciados conforme a época do ano, sendo das 4 às 21 horas, entre 01 de abril e 30 de setembro, e, das 21 às 6 horas entre 01 de outubro e 31 de março⁶⁶.

Deve-se estabelecer o período compreendido pelo vocábulo *dia*, não deixando a alvedrio da autoridade policial tal exegese, por ser a inviolabilidade do lar uma garantia fundamental de nosso sistema jurídico.

Pode-se, em analogia, buscar-se no Código de Processo Civil, quando trata do tempo e do lugar para a prática dos atos processuais, o estabelecimento de parâmetros desprovidos de discricionariedade, como “do alvorecer e do anoitecer”⁶⁷.

De acordo o art. 172 do CPC:

Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, da 6 (seis) às 20 (vinte) horas. §1º. Serão, todavia, concluídos depois das 20 (vinte)

⁶³ LOPES JR, 2007. p. 665.

⁶⁴ TOURINHO FILHO, 2005. p. 354.

⁶⁵ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado**. Portugal – PT: Livraria Almedina, 2006. p. 72: “Tratando-se de busca domiciliária, ela deve verificar-se entre as 6 e as 21 horas, excepto quando haja pedido de socorro feito do interior do domicílio, ou noutros casos que a lei o permita”. (grifos do autor)

⁶⁶ ALMEIDA, 2006. p. 146.

⁶⁷ LOPES JR. p. 666.

horas os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano.

A Constituição lusitana estabelece a inviolabilidade do domicílio nos seguintes termos⁶⁸:

Art. 34º - 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. (...) 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial (...).

Deve-se deixar clara a abrangência do conceito de domicílio, tanto no direito nacional⁶⁹ quanto no português, que abarca⁷⁰:

O local onde se habita – a habitação -, seja permanente, seja eventual; seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas, certamente incluindo as habitações precárias, como tendas, {roulottes}, embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou, ainda, os locais de trabalho (escritórios, etc.)

Para Cleunice Bastos Pitombo a expressão *casa* deve ser analisada em sua amplitude máxima, de acordo com a exegese constitucional, abrangendo:

⁶⁸ CANOTILHO, 2007. p. 538

⁶⁹ BRASIL. STF - ROC em HC Nº 90.376-2. Rel.: Min. Celso de Mello. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Advogado: Flávio Jorge Martins. Recorrido: Ministério Público Federal. EMENTA: prova penal – banimento constitucional das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI) – ilicitude (originária e por derivação) – inadmissibilidade - busca e apreensão de materiais e equipamentos realizada, sem mandado judicial, em **quarto de hotel ainda ocupado – impossibilidade – qualificação jurídica desse espaço privado (quarto de hotel, desde que ocupado) como “casa”, para efeito da tutela constitucional da inviolabilidade domiciliar** - garantia que traduz limitação constitucional ao poder do estado em tema de persecução penal, mesmo em sua fase pré-processual – conceito de “*casa*” para efeito da proteção constitucional (CF, art. 5º, XI e CP, art. 150, § 4º, II) – amplitude dessa noção conceitual, que também compreende os aposentos de habitação coletiva (como, por exemplo, os quartos de hotel, pensão, motel e hospedaria, desde que ocupados): necessidade, em tal hipótese, de mandado judicial (CF, art. 5º, XI). Impossibilidade de utilização, pelo ministério público, de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar – prova ilícita – inidoneidade jurídica - recurso ordinário provido. (grifamos) – Disponível em 29/12/2008 em: <http://www.conjur.com.br/static/text/55197,1>.

⁷⁰ CANOTILHO, 2007. p. 540

(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.

6 AS HIPÓTESES LEGAIS CONFIGURAM-SE EM *NUMERUS APERTUS* OU *NUMERUS CLAUSUS*?

O §1º do art. 240 do CPP elenca um rol de hipóteses abalizadoras da busca e apreensão domiciliar. *Prima facie*, faz-se necessário clarificar que as hipóteses trazidas em lei materializam-se em *numerus clausus*, e, como tal, limitadas estritamente àquelas possibilidades.

No magistério de Eugênio Raul Zaffaroni⁷¹, quando trata da interpretação das normas, nos ensina que “há um limite semântico do texto legal, além do qual não se pode estender a punibilidade, pois deixa de ser interpretação para ser analogia”:

Em princípio rejeitamos a “interpretação extensiva”, se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia.

Para Tourinho Filho⁷², citando Mayer, “as buscas são permitidas como exceção às normas e garantias da liberdade individual, e, assim, é evidente que tais exceções devem estar previstas em lei”.

João Gualberto Garcez Ramos⁷³, nos ensina que no direito penal norte-americano, os mandados de busca e apreensão devem ser bem delimitados, adequando-se estritamente às hipóteses legais, sendo que:

A 4ª emenda dispõe que os mandados somente serão expedidos com particular descrição do lugar a ser buscado e das coisas ou

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. volume 1: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 153

⁷² TOURINHO FILHO, 2005. p. 377.

⁷³ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

pessoas a serem apreendidas (...) daí que não se admitem mandados genéricos (...) sem a observância desta exigência, as provas obtidas com a busca serão consideradas ilícitas.

No direito pátrio a situação é diversa, como nos traz Larissa Leite⁷⁴:

Torna-se inadmissível, por isso, a busca e apreensão descrita de forma abstrata ou genérica, como o que é, lamentavelmente, possível verificar, não raras vezes na prática forense, em determinações de apreensão de “quaisquer papéis ou objetos que se possam constituir em prova, instrumento ou produto do crime”.

Quando se trata de restrição de direitos fundamentais, inexistente a possibilidade de alargar as hipóteses inseridas em lei. Como consequência não se admite a busca e apreensão genérica, vaga ou incerta, devendo haver “um foco claramente definido previamente⁷⁵”.

7 HIPÓTESES LEGAIS

O CPP, Capítulo XI, art. 240, § 1º, Acolhe, exaustivamente, rol de situações passíveis de busca e apreensão. Possibilita-se a busca domiciliar ou pessoal quando houverem razões, para:

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

⁷⁴ LEITE, Larissa. Sociedade de risco e Estado Democrático de Direito: Uma análise das medidas patrimoniais de urgência no direito processual penal brasileiro. Disponível em 16/02/2009 no site: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=936. p. 169

⁷⁵ LOPES JR, 2007. p. 662. “Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da “casa” (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas...e, quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os outros, ou ainda, a multidão de invisíveis”.

conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º - proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo.

7.1 PRENDER CRIMINOSOS

A existência de um mandado de prisão expedido contra alguém, não autoriza a polícia ostensiva ou judiciária a adentrar residências em busca do réu. Caso fosse possível esta conduta, estar-se-ia maximizando o poder estatal em detrimento de direitos e garantias constitucionais, como da inviolabilidade de domicílio.

No dizer de Aury Lopes Jr.⁷⁶:

Trata-se aqui de buscar, não para apreender, mas sim para prender pessoas cuja prisão tenha sido previamente decretada. O mandado de prisão, por si só, não autoriza o ingresso na casa de terceiros onde eventualmente o agente se esconda, sendo necessária a duplicidade de mandados (de prisão e de busca).

A suspeita de que uma casa é utilizada para abrigar criminosos não legitima sua invasão, mesmo havendo mandado de prisão expedido. Utiliza-se a cautelar de busca e apreensão como instrumento a dar concretude à decisão judicial de supressão da liberdade. Como consectário de sua exigência, protege-se a inviolabilidade do domicílio de ações policiais desprovidas de finalidade legal.

7.2 APREENDER COISAS ACHADAS OU OBTIDAS POR MEIOS CRIMINOSOS

A primeira parte do parágrafo, trata das coisas achadas, bens ou objetos de algum valor comercial que não pertencem aquele que os encontrou, cabendo a devolução ao legítimo proprietário, ou à autoridade policial, sob pena de infração à norma penal⁷⁷, conforme estabelece o art. 169, II do CP⁷⁸.

⁷⁶ LOPES JR, 2007. p. 657.

⁷⁷ LOPES JR., 2007. p. 657.

⁷⁸ Código Penal brasileiro. Art. 169, II: APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA - Quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-lo à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias. Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

No tipo em tela, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois está se tutelando a posse, em virtude do direito do possuidor legítimo, conforme determinação do art. 521 do Código Civil. Entende-se que “a simples perda da coisa não implica a perda do domínio: perde-se a posse mas não a propriedade⁷⁹”.

A não devolução da coisa achada, além de configurar-se ilícito penal, é motivo de providência cautelar consistente na busca e apreensão e a conseqüente devolução ao proprietário.

Os bens advindos de ações delituosas, “por vezes, se confundem com o próprio corpo de delito”, ensejando, por conseguinte, a cautelar para a formação do cabedal probatório, e, também, a devolução ao legítimo proprietário⁸⁰.

7.3 APREENDER INSTRUMENTOS DE FALSIFICAÇÃO OU DE CONTRAFAÇÃO E OBJETOS FALSIFICADOS OU CONTRAFEITOS

A apreensão dos objetos de falsificação justifica-se por constituir corpo de delito. A posse ou guarda de instrumentos configura-se delito tipificado no art. 294 do Código Penal⁸¹. Desta forma, fundamenta-se a utilização deste meio persecutório, para adentrar local protegido pela inviolabilidade constitucional, como forma de o Estado subtrair a posse de instrumentos ilícitos.

7.4 APREENDER ARMAS E MUNIÇÕES, INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA PRÁTICA DE CRIME OU DESTINADOS A FIM DELITUOSO

Justifica-se a violação do domicílio com amparo na necessidade de apreender armas proibidas e quaisquer elementos do corpo de delito, necessários à persecução penal. A amplitude do parágrafo é extrema, podendo abarcar instrumentos diversos que possuam liame com a prática de infração penal ocorrida, como “(...) ferramentas, carros, disfarces, (...)”⁸².

⁷⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva. p. 168/169.

⁸⁰ LOPES JR, 2007. p. 657.

⁸¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007. p. 658.

⁸² Ibid. p. 658.

7.5 DESCOBRIR OBJETOS NECESSÁRIOS À PROVA DE INFRAÇÃO OU À DEFESA DO RÉU

Necessário se faz demonstrar o nexu causal entre o objeto que se pretende apreender e a conduta ilícita. Na segunda parte do preceito, materializa-se importante instrumento de defesa do réu, pouco utilizado na praxis, proporcionando à defesa a expedição da busca e apreensão, para coleta de qualquer prova que possa servir para elucidar o caso concreto, como por exemplo, o computador pessoal ou o celular de um policial que efetivou a prisão de forma suspeita.

7.6 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

A legislação é arcaica ao regulamentar este meio de comunicação em desuso, quando no cotidiano verifica-se a sua substituição pelo meio eletrônico, tais como, e-mail(s) e comunicadores instantâneos (messengers)⁸³. No entanto, deve-se se atentar para o fato de que a possibilidade legal de apreensão de correspondências, restringe-se àquelas missivas que tenham o acusado como destinatário, ou que se encontrem em seu poder.

7.7 APREENDER PESSOAS VÍTIMAS DE CRIMES

Tal dispositivo é de pouca utilização prática, pois diz respeito à vítima “custodiada pelo Estado” e não ao imputado⁸⁴. Trata-se de medida coercitiva, no trâmite da instrução penal, que tem como objetivo alcançar a vítima, em alguma situação anômala, quando necessite mandado judicial para cumprimento do intento persecutório.

7.8 COLHER QUALQUER ELEMENTO DE CONVICÇÃO.

Trata-se de “típica cláusula genérica, de perigosa abertura e indeterminação”, de característica inquisitorial que distancia-se da

⁸³ LOPES JR, 2007. p. 658.

⁸⁴ Ibid. p. 657.

especificidade exigida em uma medida cautelar que restringe direitos e garantias individuais⁸⁵.

O dispositivo proteiforme macula preceitos constitucionais, como da inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da vida privada, honra, imagem pessoal entre outras garantias constitucionais⁸⁶.

8 AUSÊNCIA DE MANDADO EM VIRTUDE DA PRESENÇA DO JUIZ

É comum o entendimento doutrinário, calcado na interpretação literal do art. 241 do CPP, que conclui pela desnecessidade de mandado judicial, quando a medida cautelar é executada pessoalmente pela autoridade judiciária.

Neste sentido, veja-se o magistério de Tourinho Filho⁸⁷:

Quando a diligência for realizada pela própria Autoridade Judiciária, não haverá, obviamente, necessidade de mandado, não o sendo, a ordem judicial é indeclinável, nos precisos termos do art. 5º., XI, da Constituição Federal.

Na mesma direção, acolhendo a tese de que a autoridade judicial não precisa de mandado judicial, Julio Fabbrini Mirabete professa⁸⁸:

O dispositivo permitia inclusive à autoridade policial, em pessoa, determinar a busca domiciliar. Essa autorização, entretanto, foi revogada pela Constituição Federal, que só admite a busca sem mandado judicial à própria autoridade judiciária.

Vigente o modelo acusatório, inadmissível é aceitar a condução da investigação pela autoridade judiciária, podendo haver “o retrocesso a figura do juiz inquisidor, fulminando a estrutura dialética, o equilíbrio processual, a imparcialidade do julgador (...)”. Tal entendimento leva a exigir, mesmo com a presença do magistrado, a prévia expedição de um mandado judicial, sendo ilegal a busca e apreensão realizada de ofício pelo juiz⁸⁹.

⁸⁵ Ibid. p. 659.

⁸⁶ Ibid. p. 659.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, 2005. p. 378.

⁸⁸ MIRABETE, 2003. p. 624

⁸⁹ LOPES JR, p. 667.

A materialização da busca, bem como, da (esperada) apreensão, quando domiciliar, dependem de autorização judicial, sob pena de prática de ilícito penal pelo percursor da ação, tipificada na Lei 4898/65 e art. 150 do CP⁹⁰.

De acordo com a Lei nº. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que trata do direito de representação e do processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, em seu art. 3º: “constitui abuso de autoridade qualquer atentado:(...) b) à inviolabilidade do domicílio”. O Código penal estabelece a pena de detenção de 1 a 3 anos, com “uma espécie de crime próprio, quando praticado por funcionário público com inobservância das formalidades, fora dos casos legais ou com abuso de poder, aumentando-se a pena de um terço⁹¹”.

9 BUSCA E APREENSÃO COM CONSENTIMENTO DO MORADOR DESTITUÍDA DE ANTERIOR MANDADO JUDICIAL

Hipótese de busca e apreensão respaldada em lei, destituída de anterior mandado judicial, é aquela realizada com assentimento do morador, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal, que coloca a casa como asilo inviolável, ressalvada a hipótese de autorização do residente.

O consentimento do morador, conforme dispositivo constitucional, valida a busca e apreensão sem autorização judicial, porque resta presente a presunção de validade do consentimento, com base no direito de propriedade que alcança “a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa”, conforme preceitua o art. 1228 do Código Civil.

Presente a concordância legítima do morador, poderá qualquer policial realizar a busca e apreensão naquela propriedade, produzindo prova contra aquele que concedeu a autorização. Permissível, também, é a realização da prisão em flagrante do morador que consentiu na violação de seu próprio domicílio, caso presente alguma das hipóteses do art. 302 e 303 do CPP, e, na eventual constatação de crime permanente.

A validade do consentimento do morador repousa em sua plena capacidade, presumindo a consciência das implicações que advêm de tal

⁹⁰ Ibid. p. 667.

⁹¹ BITENCOURT, 2007. p. 150.

atitude, posto que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, corolário do direito ao silêncio⁹².

A Constituição Federal consigna o direito ao silêncio no art. 5º, LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Trata-se de um direito do acusado, advindo do “princípio da não-auto-incriminação”⁹³.

Considerando a existência do direito de não produzir prova contra si, ter sido erigido à categoria de direitos e garantias fundamentais, conforme Título II, Capítulo I da CF., parece, no mínimo, discutível a validade do consentimento do morador para a realização de busca e apreensão sem mandado judicial.

O direito de permanecer em silêncio e, por conseguinte, não se auto-incriminar, invalida a anuência do morador, quando da busca resultarem elementos desfavoráveis a sua defesa, maculando a dignidade humana.

A casa foi erigida pelo texto constitucional como fortificação do indivíduo, bastião inviolável, demonstrando claro liame com o fundamento de nosso Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade é um valor intrínseco e indisponível, como nos ensina Immanuel Kant⁹⁴:

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.

Trata-se, portanto, no pensar kantiano de aferir à dignidade um conceito de valor maior e por conseguinte infungível, indisponível e como corolário impossível de ser cedido pelo titular ou cerceado por quaisquer argumentações ou interesses, seja de natureza particular ou estatal. Considera-se a inviolabilidade interligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-se de direito indisponível pelo seu titular.

⁹² LOPES JR, 2007. p. 660.

⁹³ MENDES, 2008. p. 674.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58

Para Hassemer⁹⁵, não basta a existência de direitos fundamentais, sendo premente sua real elucidação aos destinatários, para a real aplicabilidade:

(...) - os direitos fundamentais dos homens e dos cidadãos devem ser bem definidos, garantidos e protegidos; - Os Poderes do Estado devem existir não apenas em uma organização estável, mas também libertária. E, acima de tudo, determina o art. 1º da Lei Fundamental que a dignidade humana é inviolável, estando sob proteção e observância de todo e qualquer poder estatal.

Dever-se-á estar atento para a ocorrência da “intimidação ambiental”, conforme entendimento do Tribunal Supremo da Espanha, que decidiu que “o problema radica em saber se o detido ou preso, está em condições de expressar a sua vontade⁹⁶”.

Para Gilmar Ferreira Mendes⁹⁷:

Restrição à privacidade com o consentimento do ofendido – Os direitos fundamentais não são suscetíveis de renúncia plena, mas podem ser objeto de autolimitações, que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa.

Deve-se colocar em pauta, a validade da disponibilidade de certos direitos e garantias constitucionais, em virtude de possível indução a erro por parte dos agentes policiais, que obtêm o consentimento viciado e, como tal, ilegal. Tal assertiva não admite prova em contrário quando a autorização advém daquele que é preso, devendo, nesse caso haver o anterior mandado judicial.

O Tribunal Supremo da Espanha, STC 341/1993, analisou a validade do consentimento do detido em expressar sua opinião favorável à busca e apreensão, e desconsiderou autorização, “por tratar-se de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis*⁹⁸”.

Destarte, compreende-se inválida a busca e apreensão realizada com concordância do morador, sem mandado judicial, quando restar prejudicado, direta ou indiretamente, direito do anuente ou de terceiros,

⁹⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. p. 24.

⁹⁶ LOPES JR, p. 660.

⁹⁷ MENDES, 2008. p. 381.

⁹⁸ LOPES JR, 2007. p. 660.

por ter demonstrado tacitamente que desconhecia as conseqüências da disponibilização desta garantia constitucional.

10 BUSCA EM ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, prevê no art. 7º, II, como direitos dos advogados:

ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada pelo magistrado **e acompanhada de representante da OAB.** (grifamos)

O Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8, de autoria da Associação dos Magistrados do Brasil, suspendeu a eficácia da expressão “acompanhada de representante da OAB” do art. 7º, II da Lei nº 8906/94, deixando de exigir-se a presença de um membro da OAB, quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia.

O art. 243, § 2º do CPP é taxativo ao não permitir a apreensão de documentos em posse do advogado, com exceção de elementos do corpo de delito.

O escritório de advocacia não é inviolável e nem poderia sê-lo, não detendo o advogado um direito absoluto, intransponível, pois o “segredo profissional e a responsabilidade encontram-se entrelaçados”. Inadmissível é o escritório advocatício ser transformado em “depósito dos instrumentos do crime” e tão pouco é permissível “asilar o cliente contra o qual tenha sido expedido mandado de prisão”, tipificando-se o delito de favorecimento pessoal ou real⁹⁹.

No entanto, a Constituição Federal é clara em asseverar a necessidade de garantir o sigilo profissional ao advogado, conforme depreende-se do art. 133: “O advogado é indispensável à administração

⁹⁹ BARROS, Marco Antonio. **Sigilo Profissional. Reflexos da Violação no âmbito das Provas Ilícitas.** São Paulo: JUSTITIA – Revista do Ministério Público de São Paulo. Volume 175, 1996. p. 17.

da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, devendo-se, para tanto, proteger seu ambiente de trabalho para a garantia da ampla defesa.

Necessário se faz extrema cautela na busca em escritórios de advocacia, pois tal atividade persecutória estatal pode macular o direito à ampla defesa, que consigna a autodefesa e a defesa técnica, que ocorre impreterivelmente no local de trabalho do advogado. No entanto, “a inviolabilidade do escritório não é absoluta (...) principalmente quando nele se encontre documento integrante do corpo de delito”, porque, neste caso, o investigado passa a ser o próprio advogado, pela prática de ilícito penal¹⁰⁰.

Não podemos confundir o “advogado delinqüente com o advogado do delinqüente”, devendo a busca em escritórios de advocacia ocorrer em situações excepcionalíssimas, como adverte Aury Lopes Jr.¹⁰¹:

O problema da busca em Escritórios de Advocacia é que ela tem sido banalizada de forma perigosa, muitas vezes com a (encoberta) intenção de intimidar ou mesmo humilhar e estigmatizar o profissional do que propriamente com fins probatórios.

A legislação francesa encerra óbices à utilização desmedida de cautelares cujo objeto seja o escritório ou domicílio de advogados, exigindo, além do mandado, a presença do juiz de instrução ou representante de classe¹⁰².

De acordo com o Código Processual Penal francês¹⁰³:

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué. Ce magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de prendre connaissance des documents découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie.

Os abusos cometidos nas ações persecutórias estatais em escritórios de advocacia são de gravidade extrema, necessitando, não

¹⁰⁰ PITOMBO, 2005. p. 172.

¹⁰¹ LOPES JR, 2007. p. 664.

¹⁰² ALMEIDA, 2006. p. 74.

¹⁰³ Ibid. p. 74: “A busca e apreensão em escritório ou domicílio de advogado, escritório de solicitador ou de oficial de diligências, estabelecimento de imprensa ou de comunicação audiovisual e consultório médico, não podem ser realizados senão com a presença de um magistrado e de um representante da respectiva organização profissional”.

somente a tipificação como crime a violação de prerrogativa, mas também, concomitantemente, “um processo penal técnico, justo e ético que se fará cessar o arbítrio estatal assegurando aos indivíduos os direitos e garantias constitucionais¹⁰⁴”.

Desta forma, não é permitido apreender quaisquer meios de prova em poder do defensor, tendo como limitante a existência de elementos do corpo de delito no escritório advocatício, pois o “livre exercício da advocacia é, inegavelmente, instrumento de garantia do indivíduo contra eventuais abusos dos poderes constituídos¹⁰⁵”.

11 A NECESSIDADE DE UMA CONSTANTE HERMENÊUTICA ENTRE A BUSCA E APREENSÃO E A PRISÃO TEMPORÁRIA

A busca e apreensão, regrada pelo art. 240 do CPP e a prisão temporária, inserida na Lei nº 7.960 de 1989, apresentam exacerbada similaridade, posto que perfazem-se em medidas emergenciais, de cunho processual penal, com natureza jurídica acautelatória e instrumental.

Tanto a busca e apreensão, quanto a prisão temporária, regulam-se pelos mesmos primados, como da adequação, proporcionalidade, legalidade estrita, do devido processo legal, diferenciando-se, tão-somente, em seu desiderato final, que nesta é prender pessoas e naquela apreender objetos e pessoas.

A prisão temporária, regulada pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, dispõe em seu art. 1º:

Caberá prisão temporária: I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (...).

Tratam-se de medidas excepcionais, *inaudita altera parte*, com caráter instrumental, utilizadas comumente no início da persecução penal, possuindo semelhantes hipóteses legais de abarcamento, conforme depreende-se do art. 240, §1º, h), do CPP, que consigna a cláusula genérica: “colher qualquer elemento de convicção” e do art. 1º, I, da Lei nº

¹⁰⁴ PITOMBO, 2005. p. 175.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, 2008. p. 370

7.960/89 que preceitua a hipótese, também genérica, de sua utilização: “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”.

No etendimento de Carlos Kaufmann, a prisão temporária pode ser definida como¹⁰⁶:

Prisão penal cautelar de natureza investigatória, que visa possibilitar a coleta de indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da inicial acusatória. Trata-se de providência provisória, preventiva e urgente.

Trata-se de medida cautelar processual de natureza excepcionalíssima, que pretere momentaneamente o *jus libertatis* de um sujeito de direitos, excepcionando garantias constitucionais, em virtude da imprescindibilidade extrema da investigação, na fase inquisitorial da persecução penal.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, a prisão para averiguação foi rechaçada do nosso sistema jurídico, em virtude do entabulado no art. 5º, LXI, que prescreve:

ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Finda a prisão para averiguação, o ordenamento pátrio passou a exigir a ocorrência de flagrante delito ou mandado judicial, para a supressão da liberdade de alguém. A prisão preventiva restava como único instrumento cautelar de prisão, podendo ser decretada para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou, para assegurar a aplicação da lei penal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, instalou-se em nosso ordenamento “um regime de maximização dos direitos e garantias fundamentais”, que logo em seguida sofreu gravame pela aprovação da Lei nº. 7.960/89 que estabeleceu a prisão temporária, substituta da prisão para averiguação, em virtude de “cadeia reativa com o objetivo explícito de limitar direitos e garantias fundamentais”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ KAUFFMANN, Carlos. **Prisão Temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 123.

¹⁰⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. **Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. In: Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas. Coordenado por Jair Gevaerd, Marta Marília Tonin. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 233-234.

A verídica finalidade da nascença da prisão temporária, avança muito além da imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, a falta de residência fixa, ou, o não esclarecimento da identidade. Objetivou-se maximizar o poder inquisitorial do Estado, em virtude do gravame sofrido pelo fim da prisão para averiguação.

O intuito verídico e concreto, do surgimento da prisão temporária, foi o de suprir o fim das prisões para averiguação, proibidas pelo mandamento constitucional recém posto, conforme nos ensina Valdir Sznick¹⁰⁸:

(...) dar à polícia maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas 'prisões para averiguações', que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse.

Paulo Roberto da Silva Passos esclarece a impossibilidade de estabelecer a prisão temporária, unicamente, como uma medida cautelar, tendo a natureza jurídica de uma "prisão provisória cautelar – intimidativa¹⁰⁹":

Claro, mais uma vez, ainda sob nossa ótica que, como acima dito, o que norteou o espírito do legislador foi o caráter inibitório satisfativo que tal encarceramento provoca.

Não bastasse a finalidade deslegitimada, a produção legislativa da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, perfez-se com incorreção, como explica Aberto Silva Franco:

A lei nº 7960 de 1989 padece de vício de origem, pois ela foi criada pela medida provisória 111/89, quando deveria sê-lo, obrigatoriamente por lei em sentido formal, votada pelo Congresso Nacional. Representou uma invasão na área de competência do Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória¹¹⁰.

A decretação de uma prisão, principalmente quando de natureza cautelar, materializa-se como *última ratio*, devendo restringir-se a casos

¹⁰⁸ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1995. p. 485

¹⁰⁹ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos – doutrina e jurisprudência. Bauru-SP: Edipro, 2000. p. 43.

¹¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 357

de extrema e comprovada necessidade, respaldada, sempre, no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis*. Necessário se faz que o aplicador do direito, realize, impreterivelmente, exercício hermenêutico que priorize a liberdade, analisando a possibilidade de substituir o cerceamento da liberdade pela medida cautelar real de busca e apreensão.

A prisão temporária, não tem por finalidade “apaziguar a paz social causada pelo crime, mas, apenas, possibilitar as investigações do inquérito policial¹¹¹”. No entanto, a praxis corrente tem demonstrado a utilização da prisão temporária com finalidade distinta daquela prevista em lei, adentrando, muitas vezes, a uma das finalidades instrumentais da busca e apreensão, que é a de colher qualquer elemento de convicção necessário à persecução penal.

Para Luiz Antonio Câmara¹¹²:

(...) a prisão temporária é antidemocrática e, talvez, sob essa ótica, inconstitucional, (...) se revelou compensatória do não exercício de direitos e garantias fundamentais, no sentido de possibilitar à autoridade investigante que maneje para fins de ampliação do prazo de sua duração.

De acordo com os ensinamentos de Tales Castelo Branco¹¹³:

No momento em que prisão temporária vem sendo fanaticamente utilizada pelas autoridades policiais como instrumento de pressão para obtenção de confissões, tantas e tantas vezes extorquidas psicologicamente e divorciadas da verdade (...)

O bem jurídico de suma magnitude, que é a liberdade, e, todo corolário que advém de sua subtração, com máculas à honra objetiva e subjetiva, perde primazia quando se utiliza este instrumento processual com desvio de finalidade. Deve-se estar atento para os ensinamentos de Bettiol, para quem: “a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável por qualquer constituição democrática¹¹⁴”.

¹¹¹ KAUFFMANN, 2006. p. 21.

¹¹² CÂMARA, Luiz Antonio. **Direito empresarial & cidadania**: questões contemporâneas. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Coordenado por Jair Gevaerd, Marta Marília Tonin. 1. ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 239.

¹¹³ Tales Castelo Branco prefaciando: KAUFFMANN, Carlos. **Prisão Temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 15.

¹¹⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. de J. F. Dias, Coimbra: Coimbra, 1973. p. 251.

A utilização errônea deste instrumento cautelar de supressão da liberdade, é denunciada por Carlos Kauffmann¹¹⁵, quando empregada:

como trampolim para aqueles que buscam alcançar a fama por intermédio da imprensa, pois a restrição da liberdade não pode influenciar-se pelo famigerado movimento da lei e da ordem

Como corolário criou-se uma polícia estigmatizada, bem traduzida pelas palavras de Carlos Roberto Bacila¹¹⁶, em obra rara sobre estigmas:

a polícia que atua sob a influência de estigmas também é estigmatizada. Assim, o policial deixa de receber os prêmios sociais (respeito, admiração, reconhecimento público, aumento de salário, recursos etc.) e acaba tornando-se, também ele policial, um estigmatizado.”

12 CONCLUSÃO

1. O termo busca e apreensão insere institutos diversos e autônomos em um mesmo vocábulo, perfazendo-se em engano legislativo a utilização da mesma expressão para situações distintas e muitas vezes não interligadas;

2. De melhor alvidre seria espelhar-se em sistemas jurídicos que separam o instituto, com regramento distinto para a *busca* e para a *apreensão*, como ocorre, entre muitos ordenamentos, na Itália, Alemanha, Portugal e França;

3. O CPP elenca em seu art. 240, Livro I, Título VII, sob o título DA PROVA a medida cautelar de busca e apreensão, de caráter excepcional, *inaudita altera pars*, que relativiza direitos constitucionais, com o fito de alcançar objetivos processuais delineados em *numerus clausus*;

4. Trata-se de um meio coercitivo com finalidade instrumental, despido de um fim em si mesmo, que utilizando do poder estatal, suprime direitos e garantias constitucionais para apreender elementos de prova, pessoas e vestígios necessários à persecução penal;

5. No entanto, não se pode olvidar os primados constitucionais que estabelecem limites ao poder cautelar, inserindo o bem estar do indivíduo, sua intimidade e privacidade como desiderato estatal;

¹¹⁵ KAUFFMANN, 2006. p. 190.

¹¹⁶ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas – Um estudo sobre preconceitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2005

6. Como medida cautelar desprovida de contraditório e ampla defesa, posto inexistir a participação do imputado, deve possuir caráter de urgência e extrema necessidade, reduzida sua utilização a última *ratio*;

7. A análise de uma cautelar, transita necessariamente por uma exegese principiológica, iniciando pelo preceito da presunção de inocência, verdadeiro dogma constitucional, oriundo da Declaração dos Direitos do Homem e pela proteção da intimidade e vida privada, que abarca a honra objetiva e subjetiva, protegidos pela Carta Magna em seu art. 5º, X;

9. A casa como asilo inviolável deve ser vista em sua amplitude máxima, abrangendo quaisquer locais que sejam utilizados com o fito de residência;

10. A presença física do juiz não supre a ausência de mandado judicial prévio, até porque, em nosso sistema jurídico acusatório, é inadmissível a condução de investigação penal pelo julgador da causa, configurando-se ilícito penal a violação de domicílio sem as formalidades legais;

11. O assentimento do morador, nos termos do art. 5º, XI da Constituição Federal, a convalidar a busca desprovida de mandado judicial, deve ser vista com ressalva, em virtude da corrente intimidação produzida pelas polícias judiciária e ostensiva, como conseqüência da indisponibilidade de determinados bens jurídicos, como é o caso da dignidade da pessoa humana;

12. O direito à ampla defesa abarca a autodefesa e a defesa técnica, que somente é possível através de um advogado. Destarte, a busca e apreensão em escritórios de advocacia é medida excepcional que deve restringir-se a apreensão de elementos do corpo de delito;

13. Figura-se premente, em especial na persecução penal advinda dos crimes contra a ordem econômica, um necessário exercício hermenêutico entre a cautelar real de busca e apreensão e a prisão temporária, aferindo-se em qualquer pedido de supressão de liberdade a possibilidade da conversão em busca e apreensão, de forma a suprir a necessidade persecutória sem ferimento do *jus libertatis* do imputado.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Walter P. **O Processo Penal**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado**. Portugal – PT: Livraria Almedina, 2006.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas – Um estudo sobre preconceitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2005.

BARROS, Marco Antonio. **Sigilo Profissional. Reflexos da Violação no âmbito das Provas Ilícitas**. São Paulo: JUSTITIA – Revista do Ministério Público de São Paulo. Volume 175, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 895-896.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Trad. de J. F. Dias, Coimbra: Coimbra, 1973.

BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo Penal Brasileiro**, Porto Alegre: Globo, 1942.

BRASIL. STF - ROC em HC Nº 90.376-2. Rel.: Min. Celso de Mello. Recorrente(s): Sérgio Augusto Coimbra Vial. Advogado(a/s): Flávio Jorge Martins. Recorrido(a/s): Ministério Público Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal – HC 85.237. Relator: Min. Celso de Mello – DJ de 29.04.2005;

_____.Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - 6ª C – AP 1095.585-9. Relator: Mathias Coltro – j. 22.04.1998 – DJU 04.06.1998.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Coordenado por Jair Gevaerd, Marta Marília Tonin. 1. ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2006

_____. **Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Volume 1. 1ª ed. J.J Gomes Canotilho / Vital Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra-PT: Editora Coimbra, 2007.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003.

ESTELITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº. 1. Coordenador: Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA, 1999. **Novo Aurélio Século XXI**. O Dicionário da Língua Portuguesa.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 1998.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GROTTI, Dinorá Musetti Grotti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUFFMANN, Carlos. **Prisão Temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos – doutrina e jurisprudência**. Bauru-SP: Edipro, 2000.

PITOMBO, Cleonice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RÍOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 775 v.

RODRIGUES, Maria S. V. S. Lopes. **ABC do Processo Penal**. V. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

<< www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=936>>

<< www.geocities.com/marceloeva/Declaração_Direitos_do_Homem.doc>>

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º volume. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. volume 1: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.