

Coleção Estudos de Processo Penal
Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida - v. 2

CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO

DA BUSCA
E DA APREENSÃO
NO PROCESSO PENAL

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Há, de outra sorte, coisas de que, normalmente, ninguém se apossa. São elas procuradas para serem colhidas. Jamais se apreendem. Vale dizer, procede-se ao varejamento para obter impressão digital, colher sangue, saliva, pêlo e outros elementos materiais, que possam ter relevância para a reconstrução do fato perquirido (letra *h*, do § 1.º do art. 240, CPP).

O elenco, portanto, expresso no Código não surge taxativo.⁶⁸ A busca pode ter, também, como objeto ou resultado a citação, notificação, intimação ou a condução coercitiva.

5.6 Modalidades

Estabeleceu o legislador duas modalidades de busca: a domiciliar e a pessoal (art. 240 do CPP). Ambas representam restrição ou limitação de direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, inc. III, X e XI, da Constituição da República).⁶⁹

Sustenta-se que a divisão em duas espécies de busca mostra-se insuficiente, visto que "se busca é procura, esta pode ser efetuada em qualquer local, mesmo público por natureza, de uso comum. Basta imaginar diligência realizada em oceano".⁷⁰

As duas clássicas modalidades, portanto, não abrangem todas as hipóteses de busca. Até porque, com o desenvolvimento tecnológico, criou-se a possibilidade de vasculhar dados, por meio da cibernética, atingindo a intimidade do indivíduo, ou o segredo dos negócios. No Brasil, tal atividade configura ilícito constitucional, visto que, unica-

⁽⁶⁸⁾ Cf. Antonio Bento de Faria, *Código...*, op. cit., p. 355; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo...*, op. cit., p. 196. Discorda, porém, Fernando da Costa Tourinho Filho, afirmando "as buscas são permitidas como exceções às normais garantias de liberdade individual, e, assim, é evidente que tais exceções devem estar previstas em lei (...). Não se admite, pois, interpretação extensiva ou analógica. Outros casos poderão ser incluídos, desde que haja permissão legal" (*Processo penal*, 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, p. 316).

⁽⁶⁹⁾ As restrições a direitos e garantias individuais foram analisadas em capítulo específico.

⁽⁷⁰⁾ Cf. Roberto Joacir Grassi, *Busca e apreensão...*, op. cit., p. 305. Para Vicenzo Manzini a *perquisizione* em campo aberto, lago, rio não tem caráter de busca domiciliar (*Trattato...*, op. cit., p. 536).

mente, se permite a interceptação telefônica, "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (art. 5.º, inc. XII, da Constituição da República).

A inevitabilidade de ampliar as espécies conhecidas pode, por exemplo, ser constatada, também, na busca realizada em veículos, que sirvam de habitação, ou em lugar público, de uso comum ou especial; e, por igual, em locais sujeitos a segredo ou sigilo. Difícil inseri-las em uma ou outra forma existente. Melhor, pois, repensá-las, em face do direito vigente.

Observe-se, no direito comparado, que Portugal⁷¹ e Itália⁷² optaram por dividir a busca em três modalidades: pessoal, local e domiciliar. A Espanha⁷³ disciplina a entrada e registro⁷⁴: em lugares públicos; edifícios e lugares fechados; em domicílio; em templos, demais lugares religiosos e em navios. O Chile⁷⁵ cuida da busca em edifício, ou lugar fechado: público ou particular. E a Argentina⁷⁶ divide: busca em morada; lugares públicos, e a pessoal.

⁷¹) O legislador alinhou a revista (art. 174 e 175); busca (art. 176) e a busca domiciliar (art. 177).

⁷²) Os arts. 249, 250 e 251 do Código de Processo Penal cuidam da matéria. Arturo Santoro preferiu, entretanto, no direito italiano, dividir a busca em pessoal e real: "La perquisizione è personale o reali. È personale, quando si sospetta che taluno (imputato o terzo) occulti sulla persona cose pertinenti al reato. È reale, quando si sospetta che le cose pertinenti al reato si trovino in un determinato luogo" (*Manuale di diritto processuale penale*, Torino: Torinese, 1954, p. 465).

⁷³) Estabeleceu a forma de proceder em lugares públicos (art. 546 e 547); templos e demais lugares religiosos (art. 549); domicílio (art. 554); navios mercantes estrangeiros (art. 561); e edifícios e lugares fechados (art. 563).

⁷⁴) O registro, dentre outros sentidos, consiste na inspeção a que são submetidas as pessoas e sua vestimenta, a fim de se saber se portam armas, objetos, documentos ou outras coisas, que possam interessar a quem procura ou ao suspeito (*Diccionario jurídico elemental*, Guillermo Cabanellas de Torres, 12. ed. rev. atual e aum. por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Argentina: Heliasta, 1994, p. 346, verbete respectivo).

⁷⁵) Estabeleceu, também, o legislador, no *Código de Procedimiento Penal*, a forma de proceder em locais sujeitos à imunidade diplomática (art. 159) e templos religiosos (art. 158).

⁷⁶) A matéria vem disciplinada nos arts. 225, 226 e 230, do *Régimen Procesal Penal*.

Ressalte-se, tão só, que no processo penal, há sempre dois aspectos, de igual importância – poder-dever de punir e a tutela da liberdade jurídica do indivíduo –, que se contrapõem.⁷⁷

A restrição a direitos fundamentais justifica-se, unicamente, pela necessidade e imprescindibilidade da perquirição criminal, e no poder-dever estatal de garantir ou restaurar a paz pública. Assim, a realização da busca, independentemente de seu escopo, para ser válida e eficaz, emerge indispensável que ocorra, com a reta observância dos requisitos e dos limites legais. Melhor, portanto, além das modalidades conhecidas, disciplinar outras formas de busca.

5.6.1 Busca domiciliar

A entrada em casa alheia, com finalidade de investigação criminal, encontra, como se viu, barreiras estabelecidas na Constituição da República (art. 5.º, inc. XI).⁷⁸ Repita-se, aqui, que o conceito processual penal de casa e domicílio desponta amplo e, em certa medida, elástico. Assim, as formalidades e restrições na realização de busca domiciliar, não se aplicam, apenas, à morada do indivíduo, como se verá.

O Código de Processo Penal não define ou especifica em que consiste a busca domiciliar (art. 240, § 1.º, e art. 293 e parágrafo único). Já os Anteprojetos e Projetos de Código,⁷⁹ expressamente, estabeleciam “a busca domiciliar consistirá na procura material portas adentro da casa”. Igual disposição se vê no Código de Processo Penal Militar (art. 172).

Afirma-se, na doutrina, que a busca domiciliar: “é diligência realizada portas adentro da morada permanente ou temporária do indiciado ou de terceiro suspeito de estar cooperando, ciente ou incientemente, com o autor da infração penal, guardando ou ocultando coisa ou pessoa, objeto de ilícito penal”.⁸⁰ Consiste, pois, na procura

⁽⁷⁷⁾ Ver, a respeito, a lição de Jorge de Figueiredo Dias já antes aludida (*Direito processual...*, op. cit., p. 21).

⁽⁷⁸⁾ Ver capítulo específico.

⁽⁷⁹⁾ No Anteprojeto de Hélio Tornaghi está no artigo 394; no de Frederico Marques acha-se no artigo 211; e no Projeto de 1983 encontra-se no artigo 183. Enquanto no Projeto Vicente Ráo não há definição.

⁽⁸⁰⁾ Cf. Eliézer Rosa, *Dicionário...*, op. cit., p. 80.

efetuada dentro de uma casa. O varejamento não se confunde, entretanto, com a inspeção de local.⁸¹

A procura pode ultrapassar os limites físicos do imóvel, abrangendo "edifícios, terrenos, móveis e lugares diversos".⁸² Podendo ser realizada, inclusive, a busca pessoal nos moradores da casa.

O varejamento dirige-se, porém, à pesquisa de elementos materiais de convicção, ou à procura de pessoas, sempre, relacionados com o fato investigado ou pesquisado.

A busca domiciliar, no processo penal, em decorrência da barreira constitucional, da inviolabilidade da casa, é jurisdicional.⁸³ As hipóteses permissivas da entrada em casa alheia são taxativas.

⁽⁸¹⁾ Não há expresse regramento sobre a inspeção de local no Código de Processo Penal. A matéria, de certa forma, se viu regrada, com o advento da Lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações, praticadas por organizações criminosas. No Código de Processo Civil, entretanto, dentre os meios de prova, está a inspeção judicial de pessoa ou coisa, com a ida do juiz ao local, onde se encontrem; e realização de contingente reconstituição dos fatos (arts. 440 a 443). Nada impede, porém, que o juiz penal realize a inspeção, visto que o sistema de prova é aberto (art. 3.º do CPP). A inspeção de local, no direito italiano, consiste em meio de prova, realizada pela autoridade judiciária. Difere da busca domiciliar, porque a primeira exaure-se em si mesma; a segunda mostra-se como instrumento destinado a procurar elementos probatórios, que poderão assumir caráter de prova ou não. (Ver Ugo Pioletti, *Perquisizione...*, op. cit., p. 1003; Francesco Benzi, *Perquisizioni domiciliari e personali*, *Enciclopedia Forense*, Milano: Valardi, 596-602, p. 596, e Carlo Taormina, *Diritto...*, op. cit., p. 277).

⁽⁸²⁾ Cf. Inocêncio Borges da Rosa, *Processo penal brasileiro*, Porto Alegre: Globo, 1942, v. 2, p. 146.

⁽⁸³⁾ Não há que se confundir, porém, a diligência processual penal de busca domiciliar jurisdicional com o poder-dever da administração pública, de modo restrito, eventual e, ainda, emergencial, de entrar em casa alheia. Atente-se ao permissivo legal estabelecido no artigo 6.º, n. II e III, do Código de Processo Penal. Pode ocorrer, também, em casos de manifesta e indubitosa urgência, como por exemplo, para conter ou dissipar epidemia ou endemia, que a administração pública, por seu órgão da saúde, entre em casa alheia. No direito espanhol, exemplificando, admite-se a entrada na casa do indivíduo, pela administração pública na hipótese de imprescindibilidade de interdição de prédio, por colocar em risco a segurança da coletividade; ou, eventual necessidade de entrada, de órgão da saúde pública, para conter ou dissipar epidemia ou endemia. A diligência, porém, que afetar a intimidade do indivíduo deve ser precedida de autorização judicial, ou expresse consen-

Assim, a busca domiciliar só pode ser realizada nas seguintes situações: (1) com autorização judicial; e (2) excepcionalmente, sem autorização judicial: (a) com o livre e expresso consentimento do morador; (b) em caso de flagrante delito; e (c) quando realizada pela própria autoridade judiciária.

Ressalve-se, tão só, que aludidas normas não são aplicáveis, quando decretado estado de sítio,⁸⁴ permitindo-se a busca em domicílio, sem observâncias das garantias constitucionais (art. 139, inc. V, da Constituição da República). Ocorrente caso de desastre ou para prestar socorro faculta-se, também, a entrada em casa alheia, sem mandado judicial⁸⁵ (art. 5.º, inc. XI, da Constituição de República).

5.6.1.1 Com mandado judicial

Busca domiciliar realiza-se, durante o dia, mas precedida de mandado judicial (art. 5.º, inc. XI, da Constituição da República c/c os arts. 240, § 1.º, e 241, segunda parte, do CPP).

A lei processual determina que se expeça mandado judicial⁸⁶ para entrada em casa alheia, quando houver "fundadas razões", para

timento do destinatário. Faltante, porém, o caráter de urgência e incidindo sobre direito fundamental "há de se reforçar o princípio da proporcionalidade. E na medida do possível deve garantir-se o contraditório, dando ciência do pedido da administração ao interessado a fim de assegurar o direito de defesa e que o juiz possa avaliar a fundamentação da pretensão. De nenhum modo deve autorizar a entrada noturna" (Vicente Gimeno Sendra et al., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 329).

⁽⁸⁴⁾ O estado de sítio, ensina José Afonso da Silva, "consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo e em certa área (que poderá ser o território nacional inteiro), objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com Estado estrangeiro. A aplicação de medidas coercitivas e a suspensão de direitos e garantias constitucionais são apenas meios para a consecução de seus objetivos" (*Curso...*, op. cit., p. 700).

⁽⁸⁵⁾ Os casos de desastre ou de socorro podem, de modo eventual, interessar, também, ao processo penal. Basta recordar, elucidando, o homicídio culposo (art. 121, § 6.º, do CP) e o crime de ameaça (art. 147 do CP), justificantes da entrada.

⁽⁸⁶⁾ Rogério Lauria Tucci distingue ordem judicial e mandado de busca. Afirmando que na busca: "A autoridade policial ou seus agentes não mais poderão realizá-

procurar pessoas, coisas ou objetos, que tenham relação com fato pesquisado.

As "fundadas razões", a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção (seja da acusação ou da defesa), que se possam achar na casa, a qual se pretenda vazejar.⁸⁷

Não guarda cabimento a proteção constitucional da intimidade e da inviolabilidade do domicílio rufrem, ou cederem passo, frente à suspeita, ainda que venha adjetivada de robusta, séria ou de grave.⁸⁸

Melhor, pois, estando em jogo direito ou garantia constitucional, não misturar suspeita com indício,⁸⁹ como fatores autorizantes de busca domiciliar.

la, sem que, prévia e justificadamente, pleiteada e obtida a correspondente ordem de órgão jurisdicional competente. Esta, todavia poderá ser genérica, isto é, sem especificação do que deve ser buscado e apreendido, até porque muitas vezes impossível a definição do objeto da busca e apreensão. Só mesmo quando não efetuar pessoalmente a diligência é que a autoridade policial, lastreada na ordem judicial, deverá expedir mandado específico, visando ao seu cumprimento com total exação: vale dizer, sem qualquer espécie de abuso. Distingue-se, destarte, à luz da disposição constitucional focada, a autorização judicial – sempre necessária e, até, inespecífica –, e o mandado de busca e apreensão, a ser expedido, se for o caso, pela autoridade policial, e com a também imprescindível determinação da coisa ou pessoa buscada" (A polícia civil e o projeto de Código de Processo Penal, *A polícia à luz do direito*. Coordenador Bismael B. Moraes, São Paulo: RT, 1991, p. 117).

⁸⁷ Hélio Tornaghi, entretanto, afirma: "a lei exige fundadas razões e essas razões se fundam na suspeita grave, séria, confortada pelo que a autoridade sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio da busca vai ser conhecida. Fundadas razões são as que se estribam em indícios de que a pessoa ou coisa procurada se encontram na casa em que a busca deve ser feita" (*Compêndio...*, op. cit., p. 1.010).

⁸⁸ Inaceitável o jargão policial justificador de entrada em casa alheia por "atitude suspeita". Tal expressão nada significa, mas tem servido para alicerçar inúmeras condutas arbitrárias, tanto da polícia quanto do Poder Judiciário. A primeira por entrar em casa alheia sem justificativa, legalmente, aceitável; a segunda por admitir válidas e eficazes algumas buscas, manifestamente, violadoras de direito fundamental, ou determinar a expedição de mandado de busca sem, ou com vaga fundamentação.

⁸⁹ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, com pontualidade, distingue indícios de suspeita: "indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato

Espínola Filho⁹⁰ dizia que devem estar evidenciados, no momento da expedição da ordem de busca, os seguintes requisitos: "1) haja um crime ou delito constatado, e que o fato tenha bastante gravidade; investida de um poder excepcional, a autoridade só deve proceder à busca, quando indispensável à marcha da instrução, sendo necessidade o único título e a condição de tal medida; 2) que haja indícios graves da culpabilidade do inculpatado, condição que, como a primeira, se vincula à idéia de que a busca não é destinada a fazer incidir sobre o indivíduo, suspeitas, por enquanto vagas e aplicáveis a outrem, mas a corroborar uma prova, que já se esboçou (*est amorcée*); e a apoiar presunções de que a busca dará o resultado de se encontrarem elementos de convicção".

A procura não precisa, necessariamente, resultar positiva, para ser legal.⁹¹ Os motivos devem estar demonstrados, repita-se, na ocasião da expedição da ordem de busca e não na hora de executá-la.

Faltantes, porém, aludidas razões podem-se configurar, eventualmente, os crimes de violação de domicílio (art. 150 do CP) e de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3.º, letra *b*). Sem esquecer, ainda, de que nenhum valor possui a prova obtida desrespeitando garantias constitucionais.

Na Itália, a expedição de autorização para entrada em casa alheia exige "fundados motivos" (art. 247 do CPP). Atente-se, mais outra vez, o quanto o Diploma italiano de 1930 influenciou sobre nossa lei processual.

Portugal, Espanha e Chile, ao contrário, e com maior precisão, exigem "indícios" (art. 174 do CPP; art. 546 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, e art. 156 do *Cód. de Procedimiento Penal*).

conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo"; "suspeita é a desconfiança, suposição, perplexidade, uma simples hipótese. Consiste em olhar buscando algo ou pensando algo, porém, intimamente, sem qualquer base objetiva" (*A prova por indícios no processo penal*, São Paulo : Saraiva, 1994, p. 38 e 52).

⁹⁰ Busca e apreensão, *Repertório enciclopédico...*, op. cit., p. 190.

⁹¹ Cf. Hélio Tomaghi que diz: "o juízo da autoridade sobre a conveniência da busca é feita *a priori*. Pode acontecer que a diligência seja infrutífera e revele *a posteriori* não corresponder aquele juízo à realidade. Pouco importa" (*Compêndio...*, op. cit., p. 1.010).

Na Argentina, por seu turno, tão-só, a presunção autoriza a expedição de ordem judicial (art. 224 do *Régimen procesal penal*).

A autoridade judicial, portanto, em nosso sistema processual penal, para autorizar a busca domiciliar deve, de forma inequívoca, demonstrar, nos "fundados motivos", que a restrição ao direito individual aflora inafastável, para a persecução penal; evidenciar o interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; estar ajustada, em sua concretude, com a finalidade perseguida.⁹² E, mais, patentear sua imprescindibilidade, oportunidade e conveniência.⁹³

A busca frustrada ou malograda, entretanto, bem pode importar a quem a sofrer. Nasce-lhe, pois, o direito de saber, o *ius* de conhecer os motivos do esquadrinhamento (art. 247 do CPP). As aludidas razões, por isso, antes de estarem no mandado precisam exhibir-se na justificação de decidir (art. 243, n. II, do CPP).

5.6.1.2 Sem mandado judicial

5.6.1.2.1 Consentimento do morador – O morador pode permitir a entrada em sua casa, para a realização de busca, a qualquer hora do dia ou noite. Dispensa-se, nessa hipótese, autorização judicial.⁹⁴

⁹² Ver capítulo sobre a tutela constitucional.

⁹³ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias...*, op. cit., p. 425. O autor, também, ensina: "tomando-se necessária a efetuação de busca e apreensão domiciliar, a autoridade administrativa, especialmente a policial, terá necessidade de obter a correspondente ordem judicial para efetua-la. E, para obtê-la terá que justificar devidamente o respectivo pleito, demonstrado sua imprescindibilidade, oportunidade e conveniência. E, portanto, à vista dessa inafastável justificação, apreciada de plano pelo magistrado, que haverá lugar para a determinação judicial igualmente fundamentada (cf. inc. IX do art. 93 da Constituição Federal). Esta, todavia, como já procuramos demonstrar, poderá ser genérica, isto é, sem especificação do que deva ser buscado e apreendido, até porque muitas vezes impossível a definição do objeto da busca e apreensão. Possibilita-o a Carta Magna brasileira, posta que, diferentemente da 4.ª Emenda da Constituição norte-americana, segundo a qual a respectiva autorização 'deve determinar com precisão o lugar e os objetos sobre os quais versará o procedimento deste tipo', não estabeleceu a indispensabilidade dessa especificação, de sorte a autorizar o entendimento de que se faz suficiente, para tal finalidade, a determinação judicial inespecífica".

⁹⁴ Note-se o julgado trazido por Iñaki Esparza Leibar: "Welsh v. Wisconsin, 466 US 740, 1984 entre outras constituem exceção a regra geral da necessidade

A anuência, porém, há que ser real e livre.⁹⁵ O consentimento deve ser expresso.⁹⁶ Inadmissível a simples autorização tácita,⁹⁷ a menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatar-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração; ou de ostensiva não-oposição à entrada. Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento,⁹⁸ pois ele não se presume.

A permissão, porém, deve ser do próprio sujeito que se submeterá a diligência, ou outra pessoa, moradora casa, que possa,

de uma ordem judicial para proceder a uma busca válida, a entrada, voluntariamente, consentida pelo sujeito passivo" (*El principio del proceso debido*, Barcelona : Bosch, 1995, p. 85).

⁹⁵ Destaca Maria Carmen Figueroa Navarro "o consentimento deve ser emitido livremente, sem vícios que o invalidem (como o erro, a violência ou a intimidação)" (*Entrada y registro...*, op. cit., p. 16).

⁹⁶ Nossa legislação processual penal não determinou que o consentimento deve ser expresso. A legislação francesa, entretanto, o fixou (art. 76, CPP). A espanhola, também (art. 550 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). E ainda diz: "se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que pueden tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado" (art. 551, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

⁹⁷ Não há que se invocar, aqui, a conhecida regra romana: *Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, um non negare* (Paulo: l. 142. D., de *regulis juris*, 50, 17): "quem cala nem sempre consente; mas é verdade, também, que não nega". Bastante conhecido no direito civil, o silêncio como manifestação de vontade. Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o povo miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo.

⁹⁸ Juan Antonio Martos Núñez afirma que existindo dúvida sobre a anuência ou não aplica-se *in dubio pro libertas*: "Este consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues da duda sobre el consentimiento presunto hay que resolvería en favor de la no autorización, en virtud del principio 'in dubio pro libertas' y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada. Para que se dé un consentimiento penalmente relevante es necesario que no medie engaño, coacción o amenazas. Basta, pues, con el consentimiento por 'actos propios concluyentes', pero no el tácito o el presunto" (*Delitos contra la inviolabilidad...*, op. cit., p. 253).

legitimamente, representá-lo.⁹⁹ Já na habitação coletiva,¹⁰⁰ o franqueamento de um dos moradores não autoriza a busca, na casa ou no aposento de terceiros.

Manguel da Costa Andrade,¹⁰¹ ao analisar o texto legal, no direito lusitano, afirma: "na medida em que falta uma autorização no mínimo concludente, o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas na casa habitada por vários (...). Quando um dos membros da casa autoriza que outro dos habitantes permita a entrada de pessoa particular ou do homem do gás, daí não pode concluir-se que o autorize também a franquear a porta a quem vem preparar a sua condenação, isto é, a inflicção de um mal".

Assim, a entrada em casa alheia para a realização de varejamento, também no Brasil, realizada pela polícia judiciária, desacompanhada de autorização judicial, e sem consentimento do morador; ou, ainda, duvidosa a anuência, poderá configurar ilícito penal¹⁰² e, conseqüentemente, ineficaz a busca.

⁹⁹ O consentimento pode ser de qualquer membro capaz da família. No direito espanhol, havendo recusa do interessado em identificar-se, notifica-se qualquer outra pessoa maior, de preferência familiar (art. 566 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) (Ver Antonio Maia Lorca Navarrete, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 278; Francisco Ramos Méndez, *El Proceso Penal - lectura constitucional*, Barcelona: Bosch, 1993, p. 227).

¹⁰⁰ Emerge necessária a disciplina legal dos condomínios - vertical ou horizontal -, tão difundidos nos grandes centros urbanos. A ausência de legislação específica não pode autorizar a entrada e busca, em área comum, sem o consentimento formal do síndico ou administrador. A questão, contudo, acha-se em aberto e já provou dificuldades na busca regular de meios de prova, especialmente, nos condomínios horizontais. A falta de regramento pode, até, originar alguns guetos.

¹⁰¹ *Sobre as proibições de prova...*, op. cit., p. 52.

¹⁰² O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, assim decidiu, ao julgar situação semelhante à descrita: "Violação de domicílio - Entrada e permanência em residência alheia contrárias a vontade tácita da vítima - caracterização. Caracteriza o crime de violação de domicílio o ingresso em residência alheia, com propósito de vasculhá-la em busca do suposto objeto furtado, eis que tal conduta lesa o interesse da tranquilidade e segurança da vida privada da vítima, máxime se a entrada e permanência por algum tempo foram contrárias a vontade tácita do titular do *jus domesticum*" (Rel. Juiz Gonzaga Franceschini, *RJTACRIM* 10/158).

5.6.1.2.2. *Flagrante delito* – Permite-se, excepcionalmente, busca domiciliar, sem o respectivo mandado, em caso de flagrante delito. A exceção está na própria Constituição e se justifica no poder-dever estatal de garantir ou restaurar a paz pública.

Sem esquecer de que são funções institucionais da polícia judiciária, investigar, desde logo, as infrações penais e sua autoria (art. 4.º e 6.º, ambos do CPP); e o poder-dever de prender, em flagrante delito (art. 301 do CPP).

A lei processual penal, de forma expressa e taxativa, descreve as situações de flagrante delito,¹⁰³ permissivas da prisão.

Lembrando-se de que o “flagrante sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência. Diz-se que é flagrante não só o que é atual mas ainda o que é patente, inequívoco”,¹⁰⁴ O flagrante, pois, “é situação, prevista na lei, de imediatividade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação legal”.¹⁰⁵ Tais considerações ajustam-se, perfeitamente, às duas primeiras hipóteses legais de flagrância (art. 302, I e II,

⁽¹⁰³⁾ Aqui lembrando, sempre, as situações de flagrante delito, descritas no Código de Processo Penal: “Considera-se flagrante em delito quem: I. está cometendo a infração penal; II. acaba de cometê-la; III. é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração; IV. é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração” (art. 302). A doutrina, em parte, acabou por entender que “as hipóteses dos ns. I e II são chamadas somente de flagrante próprio; a hipótese do n. III apenas de flagrante impróprio (e algumas vezes, também, de quase flagrante), e finalmente, a hipótese do n. IV, rotineiramente, de flagrante presumido (e menos freqüente de flagrante ficto)” (Tales Castelo Branco, *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 3. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 41). Entende-se, ainda, que há, tão só, duas modalidades de prisão: a real (abrangendo as hipóteses dos ns. I e II); e virtual (casos III e IV) (Cf. Sérgio Pitombo, *Da prisão em flagrante*, *Jornal do Advogado*, 1980, n. 69, p. 13). A validade da busca e da apreensão, entretanto, originária em prisão em flagrante, com fundamento na segunda forma, ou seja, lastreada na presunção, pode provocar maior dificuldade para a verificação de sua legalidade.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. Hélio Tomaghi, *Curso de processo penal*, 9. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1995, v. 2, p. 48.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. Vicente Greco Filho, *Manual...*, op. cit., p. 235.

do CPP), sendo fator autorizante da entrada em casa alheia, sem mandado judicial.

Emerge inadmissível, pois, interpretação larga do preceito legal.¹⁰⁶ Permitindo-se que a presunção – hipóteses de flagrante descritas no artigo 302, n. III e IV, do Código de Processo Penal –, faculte a entrada em casa alheia sem mandado judicial. Assim, nas duas situações referidas são necessárias cautelas especiais.

Com efeito, presume-se flagrante delito, quando o indivíduo “é perseguido, *logo após*, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”; e, também, quando ele “é encontrado, *logo depois*, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”. Observe-se que fluidas ostentam-se as hipóteses enunciadas.

A lei processual penal fixa normas específicas para a execução da prisão, nas hipóteses acima aludidas (arts. 282 a 295 do CPP). Há, também, dispositivo exposto sobre a forma de proceder à prisão, se e quando o indivíduo se refugia em casa.

O executor da prisão, diz a lei processual penal, deve “verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão” (art. 293 do CPP). A expressão “verificar com segurança” há que ter sentido estreito.

A certeza da presença do aprisionando na casa é elemento essencial. Ensina Hélio Tornaghi¹⁰⁷ para que “o executor de um mandado possa ir buscar o prendendo em alguma casa, é necessária a certeza prévia de que ele nela se encontra. O art. 293 do Código de Processo Penal assim se exprime: ‘Se o executor do mandado verificar

¹⁰⁶ Os nossos Tribunais, em vasta jurisprudência, consideram ilegal toda prisão, que desatenda aos requisitos essenciais do flagrante. O mesmo raciocínio deve ser utilizado para apontar a legalidade, ou não da busca, sem mandado, em decorrência do flagrante delito. Na Espanha, também, é entendimento dominante, no Tribunal Supremo que: “o conceito de flagrante, enquanto direito fundamental, permissivo de entrada em casa pela autoridade, é exceção ao regime normal de operatividade de um direito fundamental (em concreto o direito da inviolabilidade do domicílio), devendo ser objeto de interpretação restritiva” (Juan Antonio Matos Núñez, Delitos contra la inviolabilidad..., op. cit., p. 235).

¹⁰⁷ *Curso de processo...*, op. cit., p. 31.

com segurança que o réu entrou ou se encontra em alguma casa'. Se houver somente suspeita, ainda que fundada em boas razões, será necessário fazer antes a busca domiciliar (art. 240, § 1.º, *a*), para a qual a lei exige mandado especial de busca e apreensão (art. 243, I, II, III e seu § 1.º. Veja também a Constituição da República, art. 5.º, XI)".

A referida norma legal é aplicável à prisão em flagrante. Assim, também, em caso de busca, havendo recusa por parte do morador, após intimado, em entregar o indivíduo perseguido, o executor "convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa" (art. 294, do CPP).¹⁰⁸

À noite, porém, a entrada emerge inadmissível,¹⁰⁹ seja para prender, salvo o flagrante real, ou para realizar busca e apreensão.

¹⁰⁸ Eis o teor do dispositivo legal: "No caso de prisão em flagrante, observar-se-á o disposto no artigo anterior, no que for aplicável" (art. 294 do CPP). O artigo 293 diz: "Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito".

¹⁰⁹ Atente-se para opinião de Delegado de Polícia, com a qual concordamos: "A autoridade Policial só pode penetrar, mesmo no caso de prisão em flagrante, à noite, no domicílio de uma pessoa, se o delito está sendo cometido ou na iminência de o ser, em seu interior, de forma a reclamar a ação da Autoridade, no sentido de impedir a prática do crime ou de prestar socorro aos que lá se encontram. Em outros casos (v.g., do marginal que, logo após a prática do delito, perseguido, penetra em sua própria residência para esconder-se) deve o Delegado de Polícia proceder como disposto nos artigos 293 e 294 do CPP, tornando a casa incomunicável e guardando-a até o amanhecer, quando nela entrará" (Cf. José Luiz de Carvalho, Busca, apreensão e medidas assecuratórias (ordens administrativas), *Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo*, São Paulo, 1:135-140, 1989, p. 137). Observe-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Prova-Obtenção por meio ilícito - busca domiciliar efetuada durante o repouso noturno sem devida autorização legal, baseada exclusivamente em denúncia anônima - fundada suspeita de ocorrência de flagrante delito não caracterizada - Falta de qualquer outro elemento comprobatório da materialidade do delito -

executor deve, à semelhança da prisão, intimar o morador a entregar o indivíduo. Havendo recusa, convocará as testemunhas. E, depois, deve "guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão" (art. 293 do CPP), no caso a busca.

A permissão legal para a entrada, imediata e livre, em casa alheia, sem mandado judicial, fundada no flagrante delito é aplicável apenas aos casos de flagrante previstos nos ns. I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal. Já nas outras duas hipóteses dos ns. III e IV, do referido dispositivo legal, emerge necessário o mandado judicial, e ainda a observância ao regramento pertinente à prisão (art. 293 do CPP). Ressaltando-se que, tão só, mandado de prisão, não autoriza a entrada em casa alheia.¹¹⁰

Veja-se que a situação de flagrante, como fator autorizante de entrada em casa alheia, no direito espanhol, ganhou interpretação limitada.

Maria Carmen Figueroa Navarro¹¹¹ destaca que a jurisprudência espanhola passou a exigir, como requisitos indispensáveis a autorizar

Absolvição com fundamento no art. 386, II, do CPP decretada - Aplicação do art. 5.º, XI e LVI, da CF" (Ap. 107.908.3/5, j. 25.03.1992, Rel. Celso Limongi, RT 670/273; e, também, com igual ementa, Ap. 83.634-3, j. 03.12.1990, Rel. Dante Busana, RT 688/293).

⁽¹¹⁰⁾ Note-se para a diferença entre o entendimento do direito espanhol e o pátrio. Juan Antonio Martos Núñez ensina: "a la entrada en domicilio cuando los agentes son portadores de un mandamiento de prisión, haya o no mandamiento específico de entrada (o se adopten las medidas convenientes que prevé el artículo 567 LECrim.), no puede allanarse cualquier domicilio en el que se encuentre o pudiera encontrarse el deteniente" (Delitos contra la inviolabilidad del domicilio..., op. cit., p. 263). Enquanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu, de forma diversa, "Abuso de Autoridade - Invasão de domicílio - Descaracterizado - Cumprimento de mandado de prisão legalmente expedido - Art. 5.º, XI, CF. Não tipifica o delito de abuso de poder ou de autoridade, consistente na invasão de domicílio, a entrada de agentes policiais, durante o dia, em casa alheia, para cumprir mandado de prisão expedido por Autoridade Judiciária. Afinal, a exclusão da antijuridicidade é prevista pela norma constitucional (art. 5.º, XI, CF), além do que dispõe o Código Penal que não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal" (Ap. 39.653/1, j. 04.04.1995, Rel. Gudesteu Biber, RT 728/628).

⁽¹¹¹⁾ *Entrada y registro...*, op. cit., p. 25.

a entrada em casa alheia, fundada no flagrante: "la inmediatez temporal, la inmediatez pessoal y la necesidad urgente. Siendo necesario, pues, que el delito se esté cometiendo en ese momento; que el delincuente, por esta razón, se encuentre all' con inmediatez respecto del objeto o instrumentos del delito, y que, mediante la entrada, la policía pueda poner término a la actuación, impediendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción acarrea. Según el Tribunal Supremo, 'la necesidad dejará de existir cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente'".

A doutrina lastreia a criação pretoriana espanhola. Afirma Iñaki Esparza Leibar:¹¹² "Ningún funcionario de policía podrá efectuar un registro sin la debida orden que lo autorice, excepto si acredita fehacientemente no sólo que existe una probable causa que fundamente eventualmente una orden de registro, sino que también deberá mostrar la existencia de circunstancias urgentes que impeden la obtención de una orden de registro sin grave riesgo de pérdida, daño o destrucción de la evidencia que se pretende lograr, en el tiempo que transcurrirá hasta la efectiva obtención de la orden".

Pode-se até afirmar que, no direito brasileiro, em face das restrições aludidas, não é toda e qualquer situação de flagrante, ainda que real, permissiva da entrada em casa alheia, sem autorização judicial.

É necessário, com vistas a infração penal,¹¹³ estar evidente que: (1) o fato deixou vestígios, ou possível elemento probatório; (2) existe a imprescindibilidade da entrada; (3) ocorre a impossibilidade de preservação do local, até a obtenção da autorização judicial.

Antônio de Paula¹¹⁴ já ensinava que a busca "é a mais grave e violenta das atribuições conferidas pela lei à autoridade policial pois

⁽¹¹²⁾ *El principio...*, op. cit., p. 85.

⁽¹¹³⁾ Não se trata, aqui, de valorar o grau de reprovação social, ou penal da conduta, mas se ela deixa, ou não vestígios, que importem a persecução penal. Maria Carmen Figueroa Navarro invoca decisão do Tribunal da Espanha, que entendeu ser necessária ordem judicial mesmo em situação de flagrante: "'la necesidad dejará de existir cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente' (STS 2.ª de marzo de 1990)" (*Entrada y registro...*, op. cit., p. 25).

⁽¹¹⁴⁾ *Do direito...*, op. cit., p. 180-1.

importa numa exceção à garantia da inviolabilidade do domicílio dos cidadãos, estatuída na Constituição da República, onde se declara o direito da inviolabilidade do domicílio, salvo as exceções expressas na lei. Encontra sua sanção o texto constitucional no Código Penal da República que, no seu art. 150, precisa as circunstâncias em que essa disposição não deve ser observada. Mister se faz, à vista disso, muita prudência e muita circunspeção, por parte de quem ordena e realiza uma tão delicada diligência. Somente nos casos previstas em lei e com a observância rigorosa das formalidades nela estatuídas, devem, pois, as buscas ser feitas. Nessas condições só podem ser objetos dessa diligência, por parte da polícia, os criminosos, as armas e instrumentos de crime, as coisas que constituem, em geral, produto de crime, as necessárias à prova dos crimes, ou à defesa dos réus".

Inadmissível, portanto, busca domiciliar, sem mandado judicial, se a situação não era atual nem inequívoca;¹¹⁵ antes, acha-se, de modo indubitado, demonstrado o estado de flagrante delito,¹¹⁶ bem como

⁽¹¹⁵⁾ Veja-se passo de decisão do Superior Tribunal de Justiça: " (...) Consta nos autos que as diligências policiais começaram no colégio, se estenderam até a rua e se completaram na casa do suspeito, que estava aberta, e era dia, onde houve a prisão em flagrante do seu cúmplice no tráfico (...). Existem claras dúvidas quanto ao estabelecimento, ainda na rua, do estado de flagrância a justificar a invasão da casa pelos policiais". A dúvida, no caso, ensejou o relaxamento da prisão em flagrante. Eis a ementa do aludido acórdão: "Penal. Droga. Flagrante e apreensão na casa do réu. Condenação. Apelação em liberdade. *Habeas corpus*. Recurso. 1. colhidas provas testemunhais e obtida normalmente a confissão dos acusados não se fala em nulidade sob a alegação de que a apreensão da droga foi feita na casa de um deles sem mandado judicial. 2. A Constituição Federal, art. 5.º, XI, assegura a inviolabilidade do lar, mas exceptua a hipótese de prisão em flagrante, não sendo certo ser este o caso dos autos" (RHC 3.569-2- RS, rel. Min. Edson Vidigal, RSTJ 66/154).

⁽¹¹⁶⁾ Juan Antonio Martos Núñez invoca decisão do Superior Tribunal espanhol: "La STS de 29-3-1990 (ponente, Delgado) contempla el supuesto en el que, detenido un individuo a la salida de su apartamento, ocupándose en el cacheo a que fue sometido, una papelina de heroína de un gramo, los policías procedieron inmediatamente, sin mandamiento judicial ni consentimiento del titular del apartamento referido, acompañados del conserje, a registrar el mismo, encontrando una bolsa con 170 gramos de heroína; pues bien la Sala 2.ª del T.S. declaró que para que exista un 'delito flagrante' se exige una acción de sorprender al delincuente con el objeto, efecto o instrumento del

exibidas as circunstâncias urgentes e indispensáveis a assegurar elementos relevantes, para a persecução penal.¹¹⁷

5.6.1.2.3 Realizada pela autoridade judiciária – Dispensa-se, por evidente, o mandado judicial, apenas, quando a busca for efetuada pela própria autoridade judiciária.

Com efeito, dispõe o Código de Processo Penal: “quando a própria autoridade policial¹¹⁸ ou judiciária não realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado” (art. 241). É claro que, tão só, a primeira parte do dispositivo legal – autoridade

delito, por lo que, a lo sumo-continúa-podrá existir delito flagrante respecto a la posesión del gramo de heroína, pero nunca en relación con los 170 gramos hallados en el registro domiciliario posterior, concluyendo que este hallazgo no puede surtir efecto alguno” (Delitos contra la inviolabilidad del domicilio (...) op. cit., p. 238). Posição oposta, entretanto, acolheu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Prova – Entorpecentes – Pretensão de desconsideração – Apreensão de droga realizada de forma ilegal, ferindo o disposto no art. 5.º, XI e LVI, da CF – Inadmissibilidade – Diligências se iniciaram na residência do acusado – Séria suspeita de que substância entorpecente nela estaria guardada para fim de tráfico – Invasão do domicílio justificada. As diligências que se iniciam na rua e se completaram na residência do réu, havendo sérias suspeitas de que substância entorpecente nela estaria guardada para fim de traficância, justificaram a invasão de domicílio, o que não ofende o art. 5.º, XI, da CF” (Ap. 103.637.3/9, rel. Des. Celso Limongi, RT 683/295).

⁽¹¹⁷⁾ Jorge Cesar de Assis ensina aos policiais militares a forma de entrar em casa, para prender flagrante, em casos de brigas domésticas, ocorrente entre marido e mulher: “Se prevalecesse o antigo dito popular que, em briga de marido e mulher não se mete a colher, nada! Mas, o policial não se guia por ditos populares, mas sim pela lei. Atendidos os requisitos do flagrante delito, tendo o cuidado inclusive de relacionar testemunhas, deve prender o infrator, para em seguida apresentá-lo à autoridade de polícia judiciária para o flagrante. Se o infrator estiver dentro do domicílio, o PM solicitará à ofendida (esposa) que assine autorização para que adentre à casa, com duas testemunhas, no mínimo. Tais impressos devem fazer parte do equipamento para serviço e estar sempre a mão” (*Lições de direito para a atividade policial militar*, 3. ed., Curitiba: Jurua, 1994, p. 36). Constata-se, portanto, outra vez, que a natureza da infração penal há que ser considerada antes de entrar em casa alheia.

⁽¹¹⁸⁾ A diligência realizada, ainda que pessoalmente, pela Autoridade Policial, salvo em caso de flagrante delito, após o advento da Constituição de 1988, necessita de mandado.

policial – não foi recepcionada pela atual Constituição (art. 5.º, inc. XI). Assim, a autoridade judiciária pode, sempre que entender necessário, realizar busca.

Veja-se, ainda, que a Lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações, praticadas por organizações criminosas, no artigo 3.º, §§ 1.º e 2.º, determina que o Juiz efetue, pessoalmente, as buscas, que comportem violação de sigilo.¹¹⁹

A autoridade, entretanto, para realizar a busca deve, previamente, declarar sua qualidade, motivo e fins da procura, que a lei desejou cifrar com a expressão “objeto da diligência” (art. 245, § 1.º, do CPP).

5.6.2 Busca pessoal

A busca pessoal ou revista, ~~ve-se limitada em garantias constitucionais (a saber: (a) ninguém será submetido a tortura nem a~~

¹¹⁹ Ada Pellegrini Grinover sustenta, porém, que o disposto no artigo 3.º da mencionada Lei é inconstitucional, “porque fere a mais importante garantia do ‘devido processo legal’ que é a imparcialidade do Juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual (...). Os juizes brasileiros devem negar-se a cumprir o dispositivo, justificando perante o Tribunal sua posição, em face de sua evidente inconstitucionalidade, que põe em sério risco a imparcialidade, atributo essencial do exercício da função jurisdicional. Os advogados arguirão de inconstitucionalidade a prova assim ilicitamente obtida, tornando-se ela inadmissível e não utilizável no processo. O Ministério Público assumirá, em colaboração com a Polícia, a colheita da prova. E o delegado deverá, como sempre fez, requerer a diligência ao juiz que, autorizando-o, dela encarregará o Ministério Público, em atuação conjunta com a Polícia Judiciária” (Que juiz inquisidor é esse?, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 30, jun. 1995, p. 1). Não se reconheceu, ainda, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas também não se tem notícia da utilização da mencionada lei no Estado de São Paulo. Espera-se que continue sem eficácia social, ou efetividade, especialmente, por ter instituído produção de prova secreta. Já quanto à possibilidade de o juiz, pessoalmente, realizar busca, nunca se questionou haver sido a segunda parte do artigo 241 do Código de Processo Penal recepcionada pela nova Constituição.

tratamento desumano ou degradante"; (b) "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, incs. III e XLIX, respectivamente, da Constituição da República).

A busca pessoal, também, importa restrição à liberdade individual, podendo-se visualizar eventual violação à intimidade (art. 5.º, inc. X, da Constituição da República).

O Código atual, de forma lacônica,¹²⁰ estabelece: "Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundadas suspeitas de que alguém oculta consigo arma proibida ou objetos", a saber: "coisas achadas ou obtidas por meio criminoso"; "cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato"; e "qualquer elemento de convicção" (art. 240, § 2.º).

A busca pessoal, segundo Vincenzo Manzini,¹²¹ consiste na "busca material em um corpo ou no âmbito de guarda aderente ao corpo de determinada pessoa, para apoderar-se de coisas, que se suspeita estarem ocultas".

Eugenio Florian¹²² já dizia que a busca pessoal não visa ao "corpo da pessoa como tal, nem como objeto de inspeção, mas à pessoa como corpo e vestimenta, quando se supõe provável meio de ocultação de coisas, atinentes à prova".

Imprescindível, pois, que os objetos procurados liguem-se ao corpo "mediante relação de porte e conexão por contato direto",¹²³ e se vinculem com o crime investigado.¹²⁴

(120) A vacuidade do legislador fez com que os Anteprojetos de reforma do Código (Anteprojeto Hélio Tomaghi, art. 390; Frederico Marques, art. 209) pontuassem que "a busca pessoal consistirá na procura material feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada e, quando necessário, no próprio corpo". Igual determinação há no Código de Processo Penal Militar (art. 180). O Projeto de reforma de 1983 dispôs da seguinte forma: "a busca pessoal consiste na revista feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa ou em veículo onde ela se encontre" (art. 180).

(121) *Trattato...* op. cit., p. 533.

(122) *Delle prove penali*, Milano: Vallardi, 1924, v. 1, p. 134.

(123) Cf. Roberto Joacir Grassi, *Busca e apreensão...* op. cit., p. 306.

(124) Cf. Bento de Faria, *Código...* op. cit., p. 356.

Indivisível busca pessoal com inspeção corporal, pois a inspeção tem maior amplitude e objetivo distinto.¹²⁵

A inspeção consiste em *meio de prova*,¹²⁶ ou, como preferem outros, *meio de obtenção de prova*,¹²⁷ mediante o qual se pode averiguar o delito e seus efeitos.

Note-se que, no direito nacional, o Código de Processo Civil, no Capítulo "Das Provas", regulou a inspeção judicial. O juiz pode, de ofício ou a requerimento, inspecionar pessoas ou coisas para clarear fatos relevantes (arts. 440 a 443 do CPP). Nada impede que no juízo penal, mesmo inexistindo norma legal, utilize tal faculdade (art. 3.º do CPP).

Assim, a inspeção é efetuada pela própria autoridade judiciária, recaindo em pessoa (viva – suspeito, vítima ou terceiros –, ou morta), semovente, coisa e lugar.

Diferencia-se, portanto, da busca pessoal, porque a inspeção é "o ato por meio do qual o juiz aplica os próprios sentidos para receber uma impressão pessoal de um ser ou fenômeno".¹²⁸

A busca pessoal procura algo no corpo, nas vestes e pertences, que pode, ou não, servir de prova;¹²⁹ não tendo como objetivo ou escopo

¹²⁵ Cf. Galdino Siqueira, *Curso...*, op. cit., p. 183. Ver, também, Francesco Carnelutti, *Lecciones...*, op. cit., v. 1., p. 336; e Paola Balducci, *Perquisizione...*, op. cit., p. 137.

¹²⁶ Ver Girolamo Bellavista, *Lezione de diritto...*, op. cit., p. 163, e, também, F. Javier García Gil, *La prueba en los procesos penales*, Madrid: Dykinson, 1996, p. 153-4.

¹²⁷ A inspeção pessoal, segundo a doutrina, consiste em "mezzi de ricerca della prova l'autoridade giudiziaria percepisce direttamente elementi utili alla ricostruzione del fatto" (D. Siracusano et al., *Diritto...*, op. cit., p. 429). No mesmo sentido, Giovanni Conso e Vittorio Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 2. ed., Padova: Cedam, 1991, p. 202, e Franco Cordero, *Codice...*, op. cit., p. 287. Sem adentrar na discussão sobre a natureza jurídica do instituto é incontroverso que a inspeção distingue-se da busca pessoal, quanto à finalidade. Ver, sobre o assunto, no sistema espanhol, Vicente Gimeno Sendra et al., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 287; Francisco Ramos Méndez, *El proceso penal...*, op. cit., p. 191; Antonio Maia Lorca Navarrete, *Derecho...*, op. cit., p. 250.

¹²⁸ Cf. Rogério Lauria Tucci, *Busca e apreensão...*, op. cit., p. 292.

¹²⁹ Cf. Vincenzo Manzini, *Trattato...*, op. cit., p. 533.

a verificação do corpo humano, em si, mas "revistá-lo com a finalidade de encontrar e apreender algo, relacionado com o crime perquirido".¹³⁰ A busca não serve à inspeção.

Os limites legais, porém, para imiscuir-se no corpo da pessoa, em ambos institutos são semelhantes.

Inconfundível, ainda, a revista com "a perícia (*perizia, expertise, Sachverständigen-Gutachten*), correspondente ao exame realizado, em regra, por pessoas, dotadas de conhecimentos especializados, com o escopo de instruir o juiz; e o reconhecimento (*ricognizione, recogniton, Anerkennung*) de pessoa ou coisa".¹³¹

A revista tem por "escopo inspecionar procurando coisas, determinadas ou indeterminadas, no corpo, nas vestes, ou nas pertenças transportáveis, de seu portador, seja ele vítima, suspeito, indiciado, acusado, ou terceiro. O importante é o relacionamento entre a coisa buscada e a infração penal".¹³²

A procura, afirma Eduardo Espínola,¹³³ pode ser feita com emprego de meios mecânicos.¹³⁴ Incluindo a busca em partes íntimas do corpo, como o reto, vagina, boca e o estômago; lugares que são, sabidamente, utilizados pelos infratores como esconderijos para ocultar coisas subtraídas, instrumentos de crime, drogas e outros objetos.

Note-se, entretanto, que, com o advento da Constituição de 1988, ao analisar o conteúdo da tutela da intimidade (art. 5.º, inc. X), com vistas à prova pericial, afirmou-se: "essa regra deve ser aplicada, por exemplo, para impedir que alguém seja obrigado a submeter-se a perícia para exame de partes íntimas, caso se recuse a esse tipo de exame. Recusando o réu, assim como a vítima, deverá ser feito exame de corpo de delito indireto, não podendo haver exame direto, se houver recusa".¹³⁵

⁽¹³⁰⁾ Cf. Rogério Lauria Tucci, *Do corpo...*, op. cit., p. 260.

⁽¹³¹⁾ Cf. Rogério Lauria Tucci, *Do corpo...*, op. cit., p. 250.

⁽¹³²⁾ Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro...*, op. cit., p. 69. Ressalva-se, porém, que a procura de coisas indeterminadas não emerge absoluta. Recorde-se, aqui, do objeto de busca e, também, do objeto da apreensão.

⁽¹³³⁾ Busca e apreensão, *Repertório enciclopédico...*, op. cit., p. 193.

⁽¹³⁴⁾ Os meios utilizados não podem agredir ou colocar em risco a integridade física ou moral do indivíduo.

⁽¹³⁵⁾ Cf. Ada Pellegrini Grinover, A polícia civil e as garantias constitucionais de liberdade. *A polícia à luz do direito*, São Paulo : RT, 1991, p. 19. Ao se cuidar

Eugenio Florian,¹³⁶ ao cuidar da inspeção corporal, no direito italiano, admitiu intromissão no corpo da pessoa, ainda que sem sua anuência, e nos seguintes termos: "l'imputado e nel suo stesso interesse e nel superiore interesse sociale, al quale è legato il processo, deve piegarsi, nelle forme legittime, a quelle investigazioni sulla persona, che siano necessarie per accertare il vero. Questo dovere apparisce dettato e dal principio della ricerca della verità materiale e dal principio della individuazione della personalità del giudicabile".

Carlos Salido Valle¹³⁷ explica que, no direito espanhol, a ingerência no corpo humano, por afetar direitos, reconhecidos na Constituição Espanhola, deve observar os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, ainda os requisitos de imputação suficiente e decisão judicial.

O autor também explica o conteúdo dos aludidos requisitos e nos seguintes termos: (1) *A legalidade*: "Aun entendiéndose que todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española son susceptibles de limitación, ésta deberá ser regulada exclusivamente por ley formal y orgánica, por aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 9.3, 10.2, 53.1, 81.1 y 96.1 CE. En dicha norma legal deben contenerse, a fin de respetar el contenido esencial de los derechos que regule, con la debida claridad, cuáles son las actuaciones permitidas, las garantías que deben informar su práctica, los límites y las consecuencias que puedan irrogarse de la negativa a someterse a las investigaciones".¹³⁸ (2) *necesidade*: "será necesaria la intervención cuando la investigación penal se vea frustrada en caso de no realizarse, teniendo también en cuenta la gravedad del delito investigado, la

da prova pericial, especialmente, a que se submete o acusado, no processo penal, há que se considerar o brocardo: "ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo". No campo processual civil, entendeu-se, também, que "ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para prova no civil" (STF-Pleno, HC 71.373-RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, quatro votos vencidos, DJU 18.11.1994, p. 31.390). Não se pode esquecer, porém, de que, apenas no civil, aplica-se a presunção de veracidade, quando a recusa for ilegítima (art. 359 do CPC). No processo penal, vigora a regra da verdade material.

⁽¹³⁶⁾ *Delle prove...*, op. cit., p. 265.

⁽¹³⁷⁾ *La detención policial*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 240.

⁽¹³⁸⁾ Carlos Salido Valle, *La detención...*, op. cit., p. 240.

posible sanción penal a imponer, y el conjunto de pruebas incriminatorias que ya obren en la causa o se hayan recopilado por la intervención policial. Pero ha de concurrir en segundo elemento, cual es la imposibilidad de obtener el mismo resultado mediante la utilización de otro procedimiento menos intenso. Concurriendo ambos presupuestos, se ha de entender que existe necesidad de practicar la intervención corporal.¹³⁹ (3) *proporcionalidade* a ponderação "entre meio y resultado deberá realizarse, caso por caso, debiendo existir criterios legislativos claros, de forma que debe ser el propio legislador quien establezca la relación de proporcionalidad suficiente a estos efectos, los procedimientos autorizados de injerencia corporal, el criterio para acudir a los métodos menos gravedad, estaría autorizada la limitación del derecho fundamental a la intimidad corporal debido al interés público defendido mediante el ejercicio del derecho punitivo por parte de las autoridades competentes".¹⁴⁰

Vicente Gimeno Sendra¹⁴¹ assere que, atualmente, o Tribunal Constitucional Europeu exhibe farta jurisprudência, admitindo a ingerência no corpo do indivíduo: "cujo común denominador es el de reconocer la legitimidad de tales actos de investigación coactivos, siempre y cuando sean absolutamente respetuosos con el principio de proporcionalidad, de tal suerte que nunca puedan entrañar riesgo a la salud para su destinatario y sea confiada su ejecución al personal sanitario". E, no direito inglês, se admite a imiscuição no corpo da pessoa, porém, apenas, nos casos previstos em lei.¹⁴²

A ingerência no corpo humano, portanto, não obstante a aparente lacuna legislativa nacional, há que conciliar as seguintes regras: (1) poder-dever estatal de perquirir sobre fatos ilícitos; (2) respeito à integridade física e moral do indivíduo; (3) indispensabilidade da

⁽¹³⁹⁾ Carlos Salido Valle, *La detención...*, op. cit., p. 244.

⁽¹⁴⁰⁾ Carlos Salido Valle, *La detención...*, op. cit., p. 246.

⁽¹⁴¹⁾ *Derecho procesal...*, op. cit., p. 318.

⁽¹⁴²⁾ Assim, "L'article 55 du Police and Criminal Evidence Act permet l'examen des orifices d'une personne s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'elle possède des drogues de la classe A, ou des objets pouvant blesser autrui ou elle-même. Dans la première hypothèse, seul un médecin qui doit y procéder à l'examen, dans le second cas c'est en principe un médecin qui doit y procéder, mais exceptionnellement la police peut effectuer l'examen corporel" (Mireille Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe...*, op. cit., p. 154).

intervenção; (4) proporcionalidade entre o fato ilícito e a interferência no corpo humano; (5) utilização de meios apropriados e realizada por profissionais habilitados; (6) norma legal autorizadora. Sem esquecer do importante brocardo, no processo penal: *nemo tenetur edere contra se*. Tais preceitos defluem do sistema normativo brasileiro.

Desnecessária, ou desfuncionalizada, a imiscuição no corpo humano, nenhum valor se atribui a eventual prova ou elemento de prova, que dela possa advir.

A busca pessoal, em regra, deve ocorrer com mandado judicial. O Código de Processo Penal, entretanto, permite sua realização sem autorização judicial (art. 244 do CPP). Mas sempre com observância da garantia constitucional do respeito à integridade física e moral do indivíduo.¹⁴³

A lei processual enumera nos §§ 1.º e 2.º do artigo 240 as hipóteses de busca pessoal. O elenco, como já se disse, não surge taxativo, até porque a permissão legal para "colher qualquer elemento de convicção" (letra *h*, § 1.º, do mencionado artigo) permite o alargamento do rol.

5.6.2.1 Com mandado judicial

A realização da busca pessoal, com mandado judicial, deve obedecer: (1) aos requisitos elencados no artigo 243 do Código de Processo Penal: (a) autorização judicial, onde conste o nome da pessoa, que há de sofrer-la, ou sinais, que a identifiquem; ser subscrito pelo escrivão e assinado pelo juiz, que a expediu; (b) mencionar o motivo e os fins da

¹⁴³ Manual da "Força Pública", do Estado de São Paulo, disciplinou a forma de ultimarem-se as buscas: "A observância das normas e técnicas aqui ensinadas, por certo, possibilitará ao patrulheiro operar com maior segurança com relação à proteção a sua integridade física e a sua própria vida, bem como a melhor proteção os direitos e garantias individuais, assim como respeitar a integridade física e a vida do cidadão em geral; evitando também: 1) morrer por deixar-se surpreender pelo criminoso; 2) ser processado por exorbitar-se em suas funções de policial; e desmoralizar-se por agir arbitrariamente, sem chegar a constituir crime, ou por não agir, quando deverá fazê-lo" (Manual técnico do patrulheiro, da Força Pública do Estado de São Paulo, v. 1, janeiro de 1968, republicado em anexo ao *Bol. G.* 184, de 2 de outubro de 1990, p. 23, da Polícia Militar).

procura; (2) ser executada durante o dia;¹⁴⁴ (3) respeitar integridade física e moral do indivíduo; (4) em mulher, ultimar-se por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência. E, mais, atender às cautelas, inerentes a busca domiciliar, no que couber.

A autoridade judicial, para determinar a busca pessoal, deve evidenciar as "fundadas razões" ensejadoras da medida, na aceção já expandida. E, sendo necessária a ingerência no corpo da pessoa, deve do mandado constar tal permissão.

Recorde-se de que as regras para busca domiciliar e pessoal estão elencadas em conjunto. O legislador, quando quis excepcionar o fez, expressamente (art. 249 do CPP).

A leitura dos dispositivos legais leva-nos à conclusão de que para expedir-se ordem de revista devem ser observados os mesmos requisitos da busca domiciliar, no que for compatível. Trata-se, pois, de restrição a garantias de direito individual: intimidade e integridade física e moral.

Itália e Portugal não admitem a busca pessoal, baseada em "fundada suspeita". Exigem para a *expedição de ordem judicial* "fundados motivos" e "indícios", respectivamente. Asseguram, também, maior limitação na sua realização.

Com efeito, na Itália¹⁴⁵ para se proceder à busca pessoal emerge imprescindível estarem evidenciado *fundados motivos* de que alguém

¹⁴⁴ Aqui, cuida-se da busca pessoal realizada com mandado judicial, com destinação certa e determinada. Não há que ser confundida com a revista efetuada pela polícia, sem mandado judicial, de natureza administrativa, no exercício de seu poder-dever de preservar e restaurar a paz pública.

¹⁴⁵ O Código de Processo Penal italiano dispõe: Art. 247 "Casi e forme delle perquisizioni. (1) Quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato, è disposta perquisizioni personale. (2) La perquisizioni è disposta com decreto motivato. (3) L'autorità giudiziaria può procedere personalmente ovvero disporre che l'atto sia compiuto da ufficiali di polizia giudiziaria delegati con lo stesso decreto". Art. 249. "Perquisizione personali (1) Prima di procedere alla perquisitivo personale è consegnata una copia del decreto all'interessato, con l'avviso della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, perchè questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120. (2) La perquisitivo è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto".

oculta em seu corpo o corpo de delito¹⁴⁶ e existir decreto motivado. Antes do início da procura entrega-se à pessoa cópia da ordem, com o aviso de que ela pode se fazer assistir por alguém de sua confiança. A busca respeitará a dignidade, e, no limite do possível, o pudor do indivíduo.

Em Portugal, a revista (a expressão busca utiliza-se, apenas, para a procura em lugares) vem disciplinada no Código de Processo Penal. O artigo 174, n. 1, determina que se efetue revista: "Quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com o crime ou que possam servir de prova". A revista, em regra, necessita de mandado judicial (artigo 174, n. 3). Antecede a revista a entrega de cópia do "despacho", que a ordenou, ao visado, facultando-lhe indicar pessoa de sua confiança para presenciá-la. O respeito à dignidade pessoal e ao recato do visado é exigência legal expressa (art. 175 do CPP português).

Ao voltar-se os olhos para o direito comparado, é possível constatar o atraso da legislação nacional no tocante à busca. Não há norma legal, excetuando a vaga referência à busca em mulher, que se preocupe com a pudicícia dos indivíduos. Inexiste qualquer norma ou referência que proteja o indivíduo, nem os agentes da autoridade, como, por exemplo, determinando a presença de testemunha da confiança da pessoa revistada, no momento da busca.

A busca pessoal, no direito nacional, ultimada com autorização judicial, não comporta maior discussão, posto que se aplica, no caso, às mesmas normas cabíveis da busca domiciliar. Ressalvada, por evidente, a falha de normas processuais, no tocante a todo o instituto da busca.

Problemas de maiores proporções podem ser constatados na busca pessoal, *sem mandado judicial*. Caracterizados de um lado pelo arbítrio dos executores; de outro, pela deficiência legislativa; e, ainda, pelo aumento crescente da violência, especialmente, nos grandes centros urbanos.

⁽¹⁴⁶⁾ Observe-se que para a caracterização de "fundados motivos" não se exige que a diligência resulte, sempre positiva. Pode ocorrer busca negativa, nem por isso arbitrária.

5.6.2.2 Sem mandado judicial

O Código de Processo Penal permite a busca sem autorização apenas nos seguintes casos: (1) no ato de prisão; (2) existindo, "fundada suspeita" de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos ou papéis, que constituam corpo de delito; e (3) no curso da busca domiciliar (art. 244 do CPP). A revista, sem ordem judicial, entretanto, além das mencionadas hipóteses, pode ocorrer, quando: (4) realizada pela própria autoridade judiciária; e (5) com o expresse e inequívoco consentimento do indivíduo visado.

No primeiro caso, no ato de qualquer prisão, surge imprescindível a revista, para garantir a integridade física do indivíduo, de outros encarcerados e a segurança pessoal de quem o prendeu. Justifica-se, também, na função preventiva da polícia, ou poder-dever de vigilância das autoridades e seus agentes.

Em qualquer modalidade de prisão ou captura, deve-se realizar a completa busca pessoal,¹⁴⁷ como, por exemplo, do condenado ou do

¹⁴⁷ O antigo Manual do patrulheiro, do Estado de São Paulo, distingue as buscas em preliminar e completa: "A preliminar destina-se principalmente à existência de armas ocultas no suspeito e que poderão colocar em perigo a segurança dos patrulheiros, conclui-se que uma busca completa se faz necessária quando o preso chega ao lugar de detenção. A busca completa deve ser executada num recinto fechado com somente dois patrulheiros e um guarda presente. Os presos devem ser revistados individualmente. Deve-se obrigá-los a tirar toda a roupa e colocá-la numa mesa. Seu corpo deve então ser cuidadosamente revistado. As fendas do corpo devem ser examinadas para verificar se nelas existem objetos escondidos, tais como entorpecentes ou venenos em cápsulas. Deve-se passar um pente pelo cabelo em busca de objetos especialmente se o preso tiver espessa cabeleira. Mulheres detidas estão sujeitas a uma busca semelhante feita por elementos da polícia feminina. Após a busca os patrulheiros devem dar outras roupas ao preso. Um roupão e chinelos servem para esse fim" (*Manual técnico...*, op. cit., p. 39). O manual, por certo, utiliza-se de linguagem antiquada. Sucede, entretanto, que lhe vale o espírito, especialmente, por ter sido elaborado em 1968, período em que o país passava por inúmeras violações aos direitos individuais. Repare-se, ainda, que, não poucas vezes, o descuido no encarceramento, deixando o preso, por exemplo, com cinto, cordões de sapato, ou outros objetos tem resultado até na sua morte, com conseqüente responsabilidade civil do Estado. À época, não se cogitava sobre a possibilidade de o preso ser assistido por pessoa de confiança.

evadido. Sem esquecer de que não há cabimento na recolha de preso à cela, sem revista.

A segunda hipótese gera maior polémica e arbítrio. Permite-se a revista, existindo "fundadas suspeitas" de que a pessoa esteja na posse de arma proibida¹⁴⁸ ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

Utiliza-se o subjetivismo para autorizar a busca pessoal, sem mandado judicial. Além disso, atribui-se ao executor a valoração e entendimento do termo legal "fundadas suspeitas". A expressão "fundadas suspeitas" exsurge ambígua e oca.

A mera suspeita "não vai além de conjectura, fundada em entendimento desfavorável a respeito de alguém. As suspeitas, por si sós, não são mais que sombras; não possuem estrutura, para dar corpo à prova da autoria. Nada aproveitam para a instrução criminal; apenas importam à simples investigação policial. Suspeita-se de pessoas, de coisas, de fatos. Suspeita-se com vistas a circunstâncias. O suspeitado olha do alto, conjectura, desconfia, possui leve opinião subjetiva do objeto. Suspeitar é super-tachar de duvidosa a pessoa, a coisa, ou o fato".¹⁴⁹ Intolerável, pois, legitimar a busca com critério subjetivo, que é inconcebível no processo penal.

Note-se que suspeita é "desconfiança, suposição, perplexidade, uma simples hipótese. Consiste em olhar buscando algo ou pensando algo, porém, intimamente, sem qualquer base objetiva".¹⁵⁰

Já "suspeita é fundada quando os elementos de que a autoridade dispõe antes da busca estão a indicar que a pessoa oculta qualquer daqueles objetos. Pouco importa se depois da diligência fica patente que a suposição não correspondia à realidade. A partir daquele momento ela seria infundada, porque novos elementos teriam mostrado

⁽¹⁴⁸⁾ Cabe ao direito administrativo separar as armas proibidas das permitidas. Há armas vedadas, em razão da sua natureza, como, por exemplo, o soco inglês e arma branca ou de fogo, disfarçada em bengala. Outras existem de uso privativo das forças armadas, como, por exemplo, as pistolas e revólveres de calibre superior a 9 mm, ou 0,38.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, O indiciamento como ato de polícia judiciária, *Inquérito policial - novas tendências*, Pará, 1986, p. 39.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *A prova por indícios...*, op. cit., p. 52.

que os antigos fundamentos já não subsistem".¹⁵¹ A medida, entretanto, continua o aludido autor, deve basear-se em fatos, "que permitam supor, conjecturar, desconfiar, recear estivesse o indivíduo a esconder armas, tóxicos, venenos, etc.". Mas sempre é "importante o relacionamento entre a coisa buscada e a infração penal"¹⁵² perquirida, para a legalidade da busca.

A arbitrariedade torna ilegal a busca. Melhor entender que são necessários, ao menos, *indícios*, a legitimar a atividade policial. Não se trata de restringir ou cercear o poder-dever estatal de vigilância, ou cercear a atividade de polícia preventiva.¹⁵³ Mas, disciplinar, com eficácia, a discricionariedade¹⁵⁴ policial.

⁽¹⁵¹⁾ Cf. Hélio Tomaghi, *Compêndio...*, op. cit., p. 1.014.

⁽¹⁵²⁾ Cf. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro...*, op. cit., p. 69.

⁽¹⁵³⁾ Não há que se confundir a diligência realizada pela polícia judiciária, a praticar atos que poderão integrar o processo penal, revestida de todas as formalidades legais, com o poder-dever estatal de vigilância inerente aos órgãos de polícia. A atividade preventiva exercida pela polícia, segundo Vincenzo Manzini, "não tem o escopo processual, nem de polícia judiciária a 'perquisizione personall' feita de ofício e pelos agentes de segurança pública. Os fins desta atividade são de vigilância ou de segurança e não se destinam a procurar coisas relativas ao delito já cometido ou conhecido, ou ao menos suspeito" (*Trattato...*, op. cit., p. 534). Assim, para garantir a paz pública, os órgãos da polícia podem efetuar busca administrativa, sem qualquer conotação processual. A procura, por exemplo, que faz a Polícia Federal ou a Receita Federal, nos aeroportos e alfândegas. Exigir-lhe mandado judicial impossibilita e frustra o exercício de suas funções. Colocar-se-ia, também, em risco o poder-dever estatal de garantir a paz pública. Lembrando-se de que o exercício de tal função divide-se, ao menos, em duas partes: preventiva e repressiva. Não há que se pretender deixar manca essa função estatal. O poder-dever, nestes casos, não emerge absoluto. O Supremo Tribunal Federal determinou o trancamento de ação penal, por pretensão descaminho, posto que as malas foram apreendidas, já no estacionamento do aeroporto, depois de liberação normal da fiscalização alfandegária (H.C. n. 66.980 - RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Carlos Madeira).

⁽¹⁵⁴⁾ Hely Lopes Meirelles ensinava: "O poder discricionário não se confunde com o poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio, é ação contrária ou excedente da lei. O ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido" (*Direito administrativo brasileiro*,

No direito comparado, a situação é diversa. Preocuparam-se os legisladores português e italiano, em reger a busca pessoal sem mandado judicial.

A lei portuguesa, ao contrário da vacuidade da nacional, disciplina as revistas, sem autorização judicial, da seguinte maneira: elas podem ser realizadas por órgão de polícia criminal,¹⁵⁵ em casos: "a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja *fundados indícios* da prática iminente de crime, que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; c) quando da detenção de flagrante por crime, a que corresponda pena de prisão" (art. 174, n. 4, letras a, b, c).

Exige-se, pois, para a busca *fundados indícios* e não suspeitas. As hipóteses são expressas. O legislador foi além. Nos casos permitidos, "a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação" (art. 174, n. 5).

21. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo : Malheiros, 1996, p. 103).

⁽¹⁵⁵⁾ Germano Marques da Silva assevera que, no direito luso, "os órgãos da polícia criminal devem praticar todos os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para proceder a investigação (art. 249). Essa atividade cautelar, extraprocessual, é justificada pela urgência e pode ter lugar, ainda, antes de instaurado o procedimento ou já no seu curso. Enquanto os órgãos da polícia criminal actuam no curso do procedimento, por ordem da autoridade judiciária competente praticam actos processuais. Quando actuam por sua iniciativa, praticam actos de sua própria competência policial, que depois serão ou não integrados no processo. É a utilidade para o processo e sua urgência que justificam a atribuição a esses órgãos da competência para a pratica desse actos, actos que não são ainda processuais e só serão integrados no processo depois de sua aceitação ou confirmação pela autoridade competente" (*Curso...*, op. cit., p. 55). A polícia judiciária, no Brasil, igualmente, é investida do poder-dever de, tão logo tiver conhecimento da infração penal: "dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais"; "apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais"; "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias" (art. 6.º, incs. I, II, e III, do CPP).

A lei italiana estabelece busca pessoal, quando existirem fundados motivos para crer que alguém oculta o corpo do delito ou coisas pertinentes ao delito em seu corpo. A doutrina passou então a afirmar que o "fundado motivo" deve estar presente no momento em que se realiza a diligência, não se exigindo bom êxito na busca. Emerge, pois, no sentido objetivo. Há que se demonstrar juízo de probabilidade e não mera possibilidade.¹⁵⁶

Invocar o direito comparado tem como alvo mostrar a necessidade de reger a busca pessoal no direito nacional. Melhor seria, portanto, no processo penal brasileiro, elencar, de modo claro e direto, as possibilidades de busca pessoal, sem mandado, como fez Portugal: Disciplinar, com rigor, a busca realizada pela polícia, no exercício da função preventiva, com conseqüente punição ao desatendimento ao preceito legal; posto que, quando positiva a revista, seu resultado pode originar ou integrar atos processuais relevantes. Reclamar, para a sua realização, muito mais do que mera e vaga suspeita.

Já no terceiro caso, a procura efetuada no curso da busca domiciliar justifica-se em face da necessidade de cumprimento integral da ordem judicial. Não guarda cabimento admitir-se esquadrinhamento em morada do indivíduo e, sendo necessário, não submetê-lo à revista.

⁽¹⁵⁶⁾ Ver Paola Balducci, *Perquisizione...*, op. cit., p. 144; e Ugo Pioletti, *Perquisizione...*, op. cit., p. 1.003. Admite-se a *perquisizione* pessoal sem autorização judicial; segundo Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferraioli "nei casi eccezionali di necessità ed urgenza, che non consentono un tempestivo provvedimento dell'autorità giudiziaria, da parte di ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria e della forza pubblica nel caso di operazioni di polizia, al solo fine de accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti de effrazione, quando l'atteggiamento del soggetto o la sua presenza, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo e di tempo, non appaiono giustificabili. La perquisizione può estendersi per le medesime finalità ai mezzo di trasporto utilizzato dalla persona per giungere sul posto. Della perquisizione deve essere redatto verbale, che va trasmesso entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica e consegnato all'interessato" (*Corso de diritto...*, op. cit., p. 369). A aludida forma de *perquisizione* encontra-se disciplinada, afirma Giovanni Leone, pelo artigo 4.º, da Lei de 22 de maio de 1975. E na mesma linha, outra *perquisizione* acha-se disciplinada pelos §§ 2.º e 3.º do artigo 224, introduzido pelo Decreto-lei, de 15 de dezembro de 1970, n. 625, convertido em lei a 6 de fevereiro de 1980. (*Manuale de diritto processuale penale*, 13. ed., Napoli: Jovene, 1988, p. 463, nota 36).

Ora, ele pode ocultar, em seu corpo, o que se procura, com o intuito de que resulte negativa a busca. Pode-se até afirmar que a ordem de busca pessoal está contida na determinação judicial de busca domiciliar (art. 249 do CPP).

A quarta hipótese de revista é a efetuada, pessoalmente, pela autoridade judicial, que se justifica no caráter excepcional e urgente da medida.¹⁵⁷

O livre e explícito consentimento¹⁵⁸ da pessoa, quinta e última hipótese, permite sua realização, sem mandado. Recorde-se de que se busca qualquer elemento material, que possa servir também para defesa e não apenas os incriminadores. O artigo 240, § 1.º, letra e, expressamente, diz que se procura para "descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu".

Assim, o indivíduo pode ter interesse na imediata busca, com resultado feliz. Nada obsta, portanto, sua efetuação sem mandado judicial. A anuência, porém, há que irromper manifesta. Inadmite-se mera presunção de assentimento.

5.6.2.3 Em mulher

O legislador, no tocante à busca em mulher, determina "será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência" (art. 249). Tal dispositivo legal deve ser entendido de maneira restrita.

Com efeito, afirma Roberto Joacir Grassi,¹⁵⁹ "a interpretação há que ser restritiva (*magis dixit quam voluit*). Retardamento autorizador

¹⁵⁷ A Lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, no art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, determina que o Juiz efetue, pessoalmente, as diligências, que comportem quebra de sigilo. Assim, no curso de tal diligência pode ser feita a busca pessoal. Atente-se para a inconstitucionalidade da referida Lei, aludida em nota anterior.

¹⁵⁸ A permissão, repita-se, não há que ser presumida, ou obtida por meio de coação. Ver o tópico relativo à busca domiciliar, sem mandado, autorizada pelo morador.

¹⁵⁹ Busca e apreensão... op. cit., p. 312. No processo penal, a questão do prejuízo deve ser colocada em segundo plano. A violação de norma de direito público provoca prejuízo intrínseco à segurança jurídica. Devendo, pois, ser rechaçado.

é o que causar prejuízo (apesar de alternativa do texto), e prejuízo relevante, irreparável. Não é demais pedir – prefiro: exigir – que autoridades, respeitando o pudor e a honra alheios, dêem bom exemplo a seus agentes e os mantenham dentro da linha de austeridade que se almeja impor ao comum dos cidadãos aos quais não é confiada a causa pública, nem profissionalmente atribuída a repressão às manifestações delinqüências”.

Apenas a demora, que acarretar o perecimento concreto do que se procura, justifica a exceção legal.¹⁶⁰ Na análise do preceito, não se há de esquecer o elemento histórico. Em 1941, exíguo era o número de mulheres, atuando como agentes da autoridade policial, ou judiciária. Hoje, não se pode dizer o mesmo; embora policiais do sexo masculino, em grande escala, continuem a realizar busca em mulher, sem ao menos estar, de modo inequívoco, demonstrada a urgência da medida.

5.6.3 Busca em veículos

Classificar a busca realizada em veículo emerge difícil, porém valioso. Admiti-la na modalidade domiciliar importa assegurar-lhe os estritos limites da inviolabilidade da casa. Fazê-la espécie da revista implica alargar a idéia de busca pessoal. A inserção em uma ou outra modalidade representa aceitar maior ou menor rigidez formal.

O Código de Processo Penal surge omissivo. O Projeto de 1983 classificou-a em busca pessoal e nos seguintes termos: “a busca pessoal consiste na revista feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa ou em veículo onde ela se encontre” (art. 180). Nas Convenções internacionais, entretanto, se dá proteção destacada

¹⁶⁰ Jorge Cesar de Assis asser: “sempre que possível, a busca em mulher deve ser feita em lugar discreto, fora do alcance da curiosidade popular, e o PM deve convidar outra mulher que inspire confiança, à qual dar as instruções sobre como efetuar a busca” (*Lições de direito...* op. cit., p. 10). Não há, porém, qualquer impedimento que policial mulher proceda revista em homem. O semanário “Isto é” (de 21/12/94, p. 14/6) sob o título “Fortes mãos delicadas”, discute os inconvenientes da busca em homens ser realizada por mulher, no Rio de Janeiro. Todo o problema passa, por necessário, pela instrução e aparelhamento da polícia. Não se soluciona, unicamente, na lei de processo e de polícia.

aos veículos das Missões, vedando-lhes as buscas (art. 22, n. 3.º, da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, e art. 25, n. 3, da Convenção de Nova York, sobre as Missões Especiais, de 1969).

A busca efetuada em veículos,¹⁶¹ porém, possui natureza peculiar. Ora, pode ser considerada pessoal; ora domiciliar. A inserção em uma ou outra modalidade depende da utilização do veículo.

A procura efetuada, por exemplo, em trailer, embarcação de longo curso, de qualquer porte, cabina de caminhão, e, em caráter excepcional, até mesmo o carro¹⁶² deve obedecer todas as cautelas inerentes à busca domiciliar.¹⁶³ O veículo, neste caso, não se destina a simples meio de transporte. O indivíduo o utiliza como casa. Daí a necessidade das cautelas inerentes à busca domiciliar.

Já quando a revista for levada a efeito em veículos, com destinação exclusiva de meio de transporte, as regras a serem observadas são as mesmas da busca pessoal.

A questão desponta controversa, também, em outros países. Os legisladores portugueses e italianos não cuidaram do assunto. O espanhol reputa os navios nacionais mercantes como domicílio,¹⁶⁴

⁽¹⁶¹⁾ Veículo considerado como "qualquer dos meios utilizados para transportar ou conduzir pessoas, objetos, etc., de um lugar para outro, especialmente, os que são construídos pelo homem ou são dotados de mecanismo" (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário da língua portuguesa*, 15.ª imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 1.445).

⁽¹⁶²⁾ Atente-se para o fato de que os ciganos, de modo tradicional, utilizam-no como habitação. Noticiou-se, recentemente, pela imprensa a existência de família, no Estado do Rio Grande do Sul, que morava em "perua", modelo "kombi". O importante acha-se em verificar as espécies de uso que se faz do veículo.

⁽¹⁶³⁾ Esse não foi, entretanto, o entendimento do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: "Porte ilegal de arma - equiparação de cabine de caminhão ao conceito de casa ou suas dependências. - Impossibilidade - Entendimento - Para os fins do art. 19 da LCP, a cabine de um caminhão não se equipara à casa ou dependência desta, simplesmente pelo fato de o agente, motorista profissional, nela pernoitar quando em viagem" (Ap. 711.299/3, rel. Juiz Haroldo Luz, *RJTACRIM* 15/176).

⁽¹⁶⁴⁾ Reputa-se domicílio, para os efeitos da Lei: "Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro. 2.º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de

exclui os demais veículos. Alemanha¹⁶⁵ e Bélgica¹⁶⁶ consideram a busca como pessoal: *la fouille*.

A doutrina italiana, em face da omissão legislativa, diverge. Para Vincenzo Manzini¹⁶⁷, a busca em veículos tem caráter pessoal, excetuando-se veículo ou navio que sirvam de habitação.

Francesco Benzi,¹⁶⁸ de outra sorte, concorda, em parte, com o referido autor. Aduz, porém, que se tratando de automóvel próprio "in questo caso il veicolo non é solo mezzo di trasporto ma ambito in cui si svolge la propria personalità e pertanto la perquisizione eseguita nella propria automobili sembra dessa essere considerata como perquisizione domiciliare".

Paola Balducci¹⁶⁹ diz ser impróprio inserir a busca em veículo na categoria de pessoal ou domiciliar. Melhor classificá-la como busca em "meios de transporte", libertando-se, assim, de entendimento forçado de domicílio; ou a utilização de cautelas, que são próprias do indivíduo, e não de coisas.

A omissão legislativa, a divergência doutrinária e jurisprudencial leva a sugerir que a busca em veículo seja considerada como terceira espécie: busca em meios de transporte:

cualquier español y de su familia. 3.º Los buques nacionales marcanes" (art. 554 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

⁽¹⁶⁵⁾ "La fouille des véhicules ne peut être entreprise que dans le cadre restreint des infractions graves visées au § 111 STPO" (Mireille Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe...*, op. cit., p. 99).

⁽¹⁶⁶⁾ "Le véhicule conduit par l'accusé ne constitue pas un domicile et peut faire l'objet d'une perquisition même nocturne" (Cf. Mireille Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe...*, op. cit., p. 200).

⁽¹⁶⁷⁾ Afirmava o autor: "A busca que se faz em meios de transporte, atualmente, utilizados pela pessoa em viagem, tem caráter de *perquisizione* pessoal, a menos que se trate de veículos e de naves que sirvam também de habitação" (Cf. *Trattato...*, op. cit., p. 334).

⁽¹⁶⁸⁾ *Perquisizioni...*, op. cit., p. 596.

⁽¹⁶⁹⁾ autora justifica a classificação, exemplificando que não emerge possível alargar o conceito de domicílio para bicicletas, ou motocicletas, ou, por exemplo, o automóvel utilizado "ad una autoventura parcheggiata sulla strada o lasciata in garage, o a disposizione di un'autofficina per riparazioni" necessitam de tratamento distinto. Diz, ainda, que o respeito ao corpo humano justifica-se apenas quando a diligência realiza-se em pessoa, inadmitindo interpretação larga (*Perquisizione...*, op. cit., p. 140).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em 17 de setembro de 1997, sensível à necessidade de normatizar a busca em veículos, expediu resolução para discipliná-la, quando realizadas "no cumprimento das atribuições de polícia preventiva e repressiva".¹⁷⁰

Assim, e com maior razão, na busca processual penal, a natureza que o veículo assume, no momento da procura, é que deve nortear os cuidados da procura.

5.6.4 Busca em lugar público

Os Códigos de Processo Penal, comum e o militar, emergem omissos no tocante à busca em local público. Os projetos e anteprojetos de reforma também. Note-se que alguns Códigos estaduais¹⁷¹ preocuparam-se em regular, de modo parcial, a entrada em lugar público. Prescreveram, para a busca em repartição pública, autorização expressa do chefe respectivo.

⁽¹⁷⁰⁾ Veja-se o teor da aludida Resolução 428/97, publicada no *Diário Oficial do Estado*, em 17.09.1997, p. 29: "Art. 2.º Toda a diligência de perseguição a qualquer tipo de veículo, com fundadas suspeitas de ser coisa produto de crime, deve ser antecedida de consulta sobre a existência de 'notícia criminis' a respeito, tecnicamente denominada de 'caráter geral'. Parágrafo único. Não se aplica à prisão em flagrante a consulta prévia referida neste artigo. Art. 3.º Na perseguição à pessoa ou a veículo, nos termos dos artigos 1.º e 2.º desta Resolução, somente será permitida a utilização de arma de fogo como meio necessário para defender-se ou para vencer resistência armada insuperável. Art. 4.º A consulta regulamentada no artigo 2.º desta Resolução é fundamental para orientação da diligência e imperativa para o conhecimento prévio das circunstâncias que envolvem a perseguição. Art. 5.º A perseguição a veículo suspeito, fundamentada no Poder de Polícia e no Poder da Polícia, poderes administrativos do Estado, não poderá em hipótese alguma expor a vida, a saúde e a integridade física de terceiros não envolvidos na diligência disciplinada nesta Resolução".

⁽¹⁷¹⁾ O Estado de Alagoas inovou ao determinar: "quando a autoridade tenha que proceder alguma diligência em repartição, ou estabelecimento públicos, deverá dirigir-se aos respectivos chefes, para que a autorizem" (art. 90 do CPC). Igual disposição achava-se no relatório elaborado pelo Estado do Paraná (art. 435), embora o Código tenha emergido lacunar. No Distrito Federal (art. 183), Minas Gerais (art. 192) e no projeto de São Paulo (art. 135, § 11) restringiram-se à busca e à apreensão nas repartições públicas.

A doutrina cuidou, tão-só, da busca em repartição pública. Esqueceu-se da existência de outros locais, igualmente, públicos, que necessitam de regulamentação.

Entendeu-se, de início, não ser "lícito às autoridades policiais, nem as autoridades judiciárias, proceder a busca e a apreensão em repartições públicas. Se houver necessidade de busca para exame ou qualquer esclarecimento necessário aos processos criminais, estas buscas serão feitas, à requisição das autoridades, porém, por empregados da repartição ou por peritos da nomeação do governo".¹⁷²

Admitiu-se, depois, busca em repartição pública, porém, exigindo-lhe requisição prévia ao Ministro, Secretário, ou ao chefe de serviço, do objeto da procura. Já tão-só, o desatendimento ao pedido permite a entrada.¹⁷³

Observe-se que, no direito comparado, exigem autorização judicial para a entrada, em local público, Espanha,¹⁷⁴ Argentina¹⁷⁵ e Chile.¹⁷⁶

⁽¹⁷²⁾ João Mendes de Almeida Júnior destacou, ainda, que o "Decreto de 16 de abril de 1847 determinava que nas diligências que, a bem da justiça, tenham de ser feitas nas repartições subordinadas ao governo, deverão as competentes autoridades dirigir-se aos respectivos ministros ou aos presidentes de província, pedindo-lhes dia e hora para elas se efetuarem, estes, marcando-o, ordenarão às repartições que lhe são subordinadas que a elas se prestem" (*O processo...*, op. cit., p. 60). No mesmo sentido, Galdino Siqueira, *Curso...*, op. cit., p. 182; Vicente de Paulo Vicente Azevedo, *Das buscas...*, op. cit., p. 18, e Inocêncio Borges da Rosa, *Processo...*, op. cit., p. 155.

⁽¹⁷³⁾ Eduardo Espínola Filho, *Busca e Apreensão, Repertório enciclopédico...*, op. cit., p. 191; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo...*, op. cit., v. 3, p. 327, e *Código de Processo Penal comentado*, São Paulo, Saraiva, 1996, v. 1, p. 399-40 e Rogério Lauria Tucci, *Do corpo...*, op. cit., p. 264.

⁽¹⁷⁴⁾ A lei elenca os locais que se entende por edifícios ou lugares públicos: os locais que estiverem destinados a qualquer serviço oficial, militar ou civil do Estado, da Província ou do Município, ainda que ali habitem os encarregados do serviço ou da conservação e guarda do local; os que estiverem destinados a qualquer estabelecimento de reunião ou recreio, lícitos ou não; qualquer outro edifício ou lugar fechado que não domicílio; e os navios do Estado (art. 457 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

⁽¹⁷⁵⁾ O artigo 226, do *régimen procesal penal*, estabelece que as restrições inerentes à casa não se aplicam aos edifícios públicos e oficinas administrativas; aos estabelecimentos de reunião; ou de recreio.

⁽¹⁷⁶⁾ O artigo 156 do Código de Processo Criminal dispensa tratamento único para local público e aberto ao público.

Permitem, porém, busca a qualquer hora do dia ou da noite. A legislação portuguesa e italiana são falhas e não regulam esta modalidade de busca.

A discussão sobre a busca em lugar público, no direito brasileiro, não se limita a repartições públicas. Assim, desponta necessário, primeiro, definir o que é lugar público; para depois, verificar quais os locais que se sujeitam a restrições.

O lugar público consiste em bem público.¹⁷⁷ O Código Civil distingue em três espécies os bens públicos: "I. Os bens de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades" (art. 66).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷⁸ explica que o critério da classificação "é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para a obtenção de renda; é o caso das

⁽¹⁷⁷⁾ Bens públicos, ensina José Crettela Júnior, "são as coisas materiais ou imateriais como as prestações, vinculadas às pessoas e estão sujeitas a um regime jurídico especial, derogatório ou exorbitante do direito comum" (*Manual de direito administrativo*, São Paulo, Forense, 1975, p. 260). Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, diz: "Bens públicos são todos os bens que pertencem a pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público" (*Curso de direito administrativo*, 8. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 391).

⁽¹⁷⁸⁾ *Direito administrativo*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 369.

terras devolutas, dos terrenos da marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis”.

A mencionada classificação permite, em parte, indicar quais os locais em que a busca dispensa autorização judicial.

Assim, a procura em local público aberto, de uso comum do povo¹⁷⁹ (ruas, estradas, praças, parques, rios, lagos e mar), apontada na primeira classificação, dispensa autorização judicial.

Já no local público de uso especial, ou privativo¹⁸⁰ é indispensável a autorização judicial, para o varejamento, salvo quando consentida ou

⁽¹⁷⁹⁾ Uso comum, diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é o que se exerce em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade. O uso comum tem, em regra, as seguintes características: 1) é aberto a todos ou a uma coletividade de pessoas, para ser exercido anonimamente, em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento expresso e individualizado, pela administração; 2) é, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado (...); 3) está sujeito ao poder de polícia, que compreende a regulamentação e aplicação de medidas coercitivas, tudo com o duplo objetivo de conservação da coisa pública (coibindo e punindo qualquer espécie de ação danosa por parte dos administrados) e de proteção ao usuário (garantindo-lhe a fruição de acordo com sua destinação); no exercício desse encargo, que constitui verdadeiro poder-dever do Estado, a Administração não precisa necessariamente recorrer ao Poder Judiciário, pois dispõe de meios próprios de defesa do domínio público, que lhe permitem atuar diretamente” (*Direito administrativo...*, op. cit., p. 384/5).

⁽¹⁸⁰⁾ Invoca-se, de novo, o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “uso privativo, que alguns denominam de uso especial, é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público. Pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que o outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio. O conteúdo do uso privativo é variável, podendo comportar faculdade de ocupação (como a instalação de bancas na calçada), poderes de transformação (construção de vestiários na praia), ou até poderes de disposição de uma parte da matéria (aproveitamento das águas públicas ou extração de areia). Em qualquer hipótese, há duas características essenciais: 1) a exclusividade na utilização da parcela domínial, para a finalidade consentida; 2) a exigência de um título jurídico individual, pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece em que será exercido” (*Direito administrativo...*, op. cit., p. 386).

solicitada.¹⁸¹ Lembre-se de que a categoria abrange as repartições públicas, navios de guerra, aeronaves oficiais, mercados municipais, teatros públicos e os cemitérios.

A complexidade das relações de direito, porém, tornou incompleta, para o processo penal, a classificação acima, nascente no Código Civil. Com efeito, há prédios públicos de uso especial, que são acobertados pelo dever de segurança (por exemplo: cadeia pública, presídio e outros estabelecimentos penais); a busca, neste caso, dispensa prévia autorização judicial. Existe lugar, entretanto, que na determinação judicial de busca, deve se considerar o segredo que resguarda a atividade nele exercida.

A busca em local público, portanto, necessita ser regrada. Surge necessário, antes, classificá-lo, conforme a natureza do uso e a atividade nele desenvolvida, para definir a busca, que prescinde, ou não, de mandado judicial. Impossível generalizar ou ignorar as peculiaridades reais em cada local público. Relembrando-se de que a classificação legal, busca domiciliar e pessoal, não atende a modalidade enfocada.

5.6.5 Busca em lugar resguardado pelo segredo ou sigilo

A precária e falha divisão legal da busca deixa ao desalento várias hipóteses, como se viu. Note-se que o legislador, também, não se preocupou, de modo direto, com a busca em local, público ou privado, acobertado pelo segredo ou sigilo. Limitou, de modo tímido, cuidar da medida em escritório de advocacia, mas, no tocante à apreensão (art. 243, § 2.º, do CPP, e art. 185, § 2.º, do CPPM).

O segredo da atividade, desenvolvida em determinados lugares, deve ser considerado sempre porque em proteção de interesses maiores. O sigilo, por isso, nasce da lei. Não há segredo absoluto;¹⁸² porém, o grau de relatividade exsurge variado. Pode-se recordar o sigilo bancário, segredo funcional, e o profissional.¹⁸³

⁽¹⁸¹⁾ A procura, por exemplo, de bomba pode ser solicitada pelo chefe da repartição. Dispensando-se, assim, autorização judicial.

⁽¹⁸²⁾ O sigilo, por exemplo, de correspondência desaparece durante os estados de defesa e de sítio (arts. 136, § 1.º, n.º I, letras b e c, e 139, n. III, da Lei Maior).

⁽¹⁸³⁾ Sérgio Carlos Cavello pondera: "O sigilo que o banco deve conservar não é da mesma sorte que o sigilo dos outros profissionais. O médico, o psicólogo,