

**Unid. IX – Busca e apreensão**

**Facultativa:**

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre busca e apreensão em caso de flagrante delito, *In:*  
*A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 477-490.

**A MARCHA DO PROCESSO**

Ada Pellegrini Grinover

Em síntese, no caso submetido a consulta, a delação dos co-réus é a única e exclusiva prova (*elemento de prova*) existente contra o acusado F. Trata-se, portanto, de prova inadmissível e ilegítima, que não pode sustentar a condenação.

Assim examinadas as questões, passo a responder aos quesitos que me foram formulados.

#### RESPOSTAS AOS QUESITOS

1. A palavra de um co-réu, incriminando outro, pode ser admitida como prova no processo penal brasileiro?

R.: Embora sem disposição expressa, no direito brasileiro, a incriminação feita pelo co-réu não pode ser considerada *prova*, eis que não se trata de *testemunha*, e somente poderia ser prestado por um terceiro em relação à causa, nem de *confissão*, que somente pode referir-se a fatos atribuídos ao próprio confitente.

2. Caso afirmativa a primeira resposta, o que se exige para sua eventual validade?

R.: Apenas para argumentar, visto que referidas informações contêm a já mencionada *ineficácia intrínseca*, somente seria válida a incriminação se houvesse possibilidade de, no interrogatório do delator, haver reperguntas por parte da defesa do incriminado, observando-se, assim, o contraditório.

3. Qual a consequência processual do não-atendimento dessa exigência?

R.: Trata-se de prova contaminada por nulidade absoluta, visto haver havido produção violação da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF).

4. No caso submetido a consulta, qual a base probatória da condenação do acusado F.M.R.?

R.: Segundo se depreende da fundamentação da sentença, os únicos elementos incriminadores produzidos contra o acusado F. são as incriminações dos co-réus.

As "outras provas" mencionadas na decisão versam, na verdade, sobre fatos diversos, que nem mesmo indiretamente poderiam corroborar a hipótese acusada em questão. Está claro que, ao motivar, o magistrado a *quo* empregou o termo *prova* em acepções diversas: a *delação*, que constitui um *elemento de prova* (*dado probatório*, resultado da atividade probatória), está efetivamente isolada. O que não são outros testemunhos (*fontes de prova*), mas cujos resultados em nada confirmam a mencionada delação.

5. Diante das respostas anteriores, qual a conclusão que se pode extrair?

R.: Se a única base da condenação é a *delação dos co-réus*, pode-se concluir que não há provas processualmente válidas contra o acusado F. Assim, o resultado do processo só poderia ser a absolvição por falta de prova da co-autoria (art. 386, III, CPP) ou, na pior das hipóteses, por insuficiência de provas (art. 386, VI, CPP).

É o meu parecer.

### 5. Direito à prova: limites. Busca e apreensão no caso de flagrante delito. Impossibilidade de realização pelo particular. O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Inobservância de formalidades. Consequências processuais

#### A CONSULTA

Honra-me o ilustre advogado Dr. José Carlos Dias, encaminhando consulta, com pedido de parecer, acompanhada de peças extraídas dos autos da ação penal movida pela Justiça Pública contra seus constituintes J.F.L. e R.G.A., na 8ª Vara Criminal de São Paulo (Processo nº 390/95), pelas quais resulta que:

No dia 3 de julho de 1995, os acusados foram autuados em flagrante delito, por porte de substância entorpecente ("maconha"), para uso próprio, sob a alegação de que teriam sido surpreendidos por seguranças de apart-hotel, nesta capital, quando guardavam referido material em apartamento que ocupavam naquele edifício.

Segundo o que informam as testemunhas ouvidas no flagrante e na instrução judicial, no dia dos fatos, alguns hóspedes do referido estabelecimento teriam reclamado à recepção sobre barulho e odor característico de drogas provenientes do apartamento ocupado pelos réus; em seguida, o supervisor da recepção, Sr. G.G. dos S., acompanhado de quatro seguranças, teria se dirigido ao local mencionado, onde, antes de qualquer comunicação, invadiram o apartamento e passaram a efetuar revista no interior do mesmo, resultando disso a mencionada apreensão do tóxico.

Denunciados pelo Ministério Público como incursos no art. 16 da Lei nº 6.368/76, após a instrução da causa, r. sentença de primeiro grau julgou procedente a imputação, condenando os réus à pena seis meses de detenção, substituída por 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo, com fundamento no art. 60, § 2º, do Código Penal.

À luz dessas circunstâncias, formula o consulente os seguintes quesitos.

#### QUESITOS

1. O direito à prova de acusação é ilimitado?
2. Qual a natureza e requisitos da *busca e apreensão* regulada nos arts. 240 e segs. do Código de Processo Penal?

3. No caso de prisão em flagrante realizada por *qualquer do povo*, com base na faculdade atribuída pelo art. 301 do CPP, é possível reconhecer ao particular o poder de realizar busca domiciliar?

4. Admitida, apenas para argumentar, a possibilidade de realização da busca e apreensão pelo próprio particular, quais os pressupostos a serem observados para ingresso no domicílio alheio?

5. No caso concreto, estavam presentes tais pressupostos?

6. Qual a repercussão processual da ilegitimidade dos sujeitos ativos da diligência de busca e apreensão, bem como da ausência de seus pressupostos, em relação à prova obtida?

7. Na mesma situação, quais as formalidades exigíveis para a realização da diligência? Foram elas observadas no caso concreto?

8. Quais as consequências processuais da inobservância das mencionadas formalidades, em relação ao material apreendido na diligência?

Bem examinada a questão e os documentos recebidos, passo a emitir meu parecer.

## PARECER

### 1. O direito à prova de acusação e seus limites no processo penal

Ao atribuir ao Ministério Público a exclusividade na propositura da ação penal pública (art. 129, I), a Constituição Federal não pretendeu, certamente, outorgar ao órgão oficial da acusação o simples poder de dar início à persecução, mas também, e principalmente - investiu-o de meios para exercer eficientemente a pretensão punitiva estatal, dentre os quais é de ser ressaltado o *direito à prova* do fato imputado e de suas circunstâncias.

Com efeito, o direito à tutela jurisdicional não significa apenas o poder de provocar a manifestação do juiz, mas pressupõe todo um conjunto de poderes e faculdades tendentes à obtenção do pronunciamento favorável almejado. Desta forma, sendo a atividade probatória o *momento central* do processo, em que o objetivo oferecer ao sujeito judicante a demonstração da verdade dos fatos postos como fundamento das pretensões deduzidas, é evidente a íntima relação entre as garantias constitucionais da ação e da defesa com a possibilidade de servirem às partes das provas necessárias ao esclarecimento desses mesmos fatos.<sup>1</sup>

Entretanto, é bem de ver que o *direito à prova*, ainda que intimamente ligado aos próprios direitos de ação e de defesa, não é absoluto, em face da natureza restrita decorrente do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

E é justamente no processo penal, onde se discute fundamentalmente a liberdade do indivíduo, que se torna mais clara a necessidade de se colocarem *limites* à atividade

<sup>1</sup> Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, ps. 509/10.

instrutória. A investigação dos fatos pelo juiz criminal deve ser, antes de tudo, conduzida dentro dos parâmetros da legalidade, especialmente diante da proteção que o próprio texto constitucional confere às liberdades individuais.

Por isso, as regras legais sobre a prova constituem normas de tutela da esfera pessoal de liberdade; são normas de *garantia*, constituindo decorrência direta dos preceitos constitucionais, conferindo-lhes aplicabilidade;<sup>2</sup> seu descumprimento deve acarretar a proibição do uso da prova na formação do convencimento do juiz.

Cumpra, ainda, fazer uma distinção: em certas situações a vedação da prova tem *natureza processual*, pois é colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; em outros casos, a proibição é de *natureza substancial*, ou seja, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Na primeira hipótese, diz-se que a prova é *ilegítima* (ou ilegitimamente produzida); na segunda, a prova será *ilícita* (ou ilicitamente obtida).<sup>3</sup>

É possível afirmar, assim, que o *direito à prova* de acusação no processo penal, embora constituindo decorrência do próprio direito à promoção da ação penal conferido ao Ministério Público pela Lei Maior, encontra limitações, de natureza igualmente constitucional, relacionadas tanto à forma de incorporação da prova ao processo (prova *ilegítima*) quanto ao modo pelo qual a mesma foi obtida (prova *ilícita*).

### 2. Natureza e requisitos da busca e apreensão

Feitas essas considerações introdutórias, para exame das indagações formuladas pelo nobre consulente são necessárias, antes de mais nada, algumas observações a respeito da natureza e dos requisitos da medida de *busca e apreensão* regulada pelo Código de Processo Penal.

A *busca*, ensina Tornaghi, consiste na atividade de "*procura, de cata de alguma coisa*", cuja finalidade é a *apreensão*, isto é, "*a tomada de alguma coisa ou pessoa*";<sup>4</sup> daí a constante vinculação dessas duas atividades que, no processo penal, constituem um meio importante de pesquisa probatória, que tem por objetivo mais comum a obtenção e conservação de elementos de prova, embora também possa ser feita para "*prender criminosos*" (CPP, art. 240, § 1º, a).

Trata-se, assim, de *medida coercitiva*, de natureza *cautelar*, cuja finalidade é a procura e eventual apossamento de elementos materiais que interessam à prova da infração penal e de sua autoria.

<sup>2</sup> Giovanni Conso, "Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale", *Rivista di diritto processuale*, 25(1):7:21, 1970.

<sup>3</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 115.

<sup>4</sup> Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, 3ª vol., p. 54.

mesmas regras sobre prova são necessárias de garantia.

]

Como providência de natureza *coercitiva*, a busca e apreensão só pode ter como sujeitos ativos as autoridades públicas incumbidas da investigação e da persecução penal, bem como os seus respectivos agentes. Esse é o ensinamento de Manzini,<sup>5</sup> corroborado, entre nós, pelas previsões dos arts. 6º, inc. II ("a autoridade policial deverá... II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato..."), 241 ("quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente...") e 250 ("a autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia... para o fim de apreensão..."), todos do Código de Processo Penal.

Por outro lado, cuidando-se de medida *cautelar*, sua determinação e realização subordinam-se à ocorrência, na situação concreta, dos pressupostos dessas medidas, ou seja, o perigo de frustração de seu objetivo, diante da demora (*periculum in mora*) e a razoável probabilidade de existência do direito que se pretende assegurar (*fumus boni iuris*).

Na busca e apreensão, a existência do *periculum in mora* é evidenciada pela necessidade de se colher, o mais rapidamente possível, os elementos probatórios que interessam ao esclarecimento dos fatos discutidos no processo. Como ressalta Frederico Marques, invocando o ensinamento de Carnelutti, as provas reais estão sujeitas à ação voraz do tempo e, sem medidas acauteladoras, impossível será um exame dos dados e indícios que delas são extraídos.<sup>6</sup>

Mas, se muitas vezes a existência desse primeiro requisito da cautela é manifesto, pela situação de urgência, o mesmo não se pode dizer quanto ao *fumus boni iuris*, que clara e necessariamente deve ser demonstrado em cada caso concreto, pois tanto a busca como a apreensão implicam, por via de regra, a restrição de direitos fundamentais, como a *propriedade*, a *intimidade* e, especialmente, a *inviolabilidade domiciliar*.

A preocupação com os fundamentos da suspeição capaz de autorizar tais medidas coercitivas é, aliás, uma constante nos ordenamentos modernos.

Nos Estados Unidos da América, o tema é objeto de previsão da IV Emenda à Constituição, que assegura: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, 'but upon probable cause' supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons to be seized" (grifei).

Como ficou assentado pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Brinegar* (1949), a exigência da *probable cause* para as buscas e apreensões constitui o melhor compromisso para acomodar os interesses opostos da privacidade e da aplicação da lei; e o grau de probabilidade exigido para autorizar essas medidas, embora evidentemente não possa ser quantificado com exatidão, deve ser "more than bare suspicion"

<sup>5</sup> Vincenzo Manzini, *Derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayern Redín, Buenos Aires, EJEA, 1952, tomo III, p. 707.

<sup>6</sup> José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, vol. II, p. 311.

e "less than evidence which would justify... conviction"; sem essa base probatória, as intromissões na esfera individual não se justificam.<sup>7</sup>

Também no direito italiano, a exigência de *fondato motivo* é comum a todas as hipóteses de *perquisizioni* previstas do art. 247, § 1º, do Código de Processo Penal, além do que a determinação dessas providências deve ser disposta através de decreto motivado da autoridade judiciária.

Na legislação brasileira, é tradicional a preocupação com a preservação da inviolabilidade do domicílio e isso sempre pautou a disciplina das buscas e apreensões, seja quanto à determinação das hipóteses em que são permitidas, seja quanto às formalidades do mandado e de sua execução.<sup>8</sup>

No vigente Código de Processo Penal, a excepcionalidade dessas medidas, em face da intromissão que representam nas esferas de proteção do indivíduo, é expressa, em primeiro lugar, pela exigência de *fundadas razões*, tanto para a busca domiciliar quanto para a pessoal (art. 240, §§ 1º e 2º). Trata-se aqui do requisito do *fumus boni iuris*, a *probable cause* do direito americano, ou o *fondato motivo* referido pelo CPP italiano. Mais do que a simples *suspeita*, é a convicção fundada de que, através da providência excepcional, será possível obter elementos materiais úteis ao esclarecimento dos fatos.

À vista disso, pode-se afirmar, com apoio na lição de Tornaghi,<sup>9</sup> que não se pode confundir a busca e apreensão com a simples *investigação*, pois a medida examinada tem clara conotação *cautelar*, o que implica a exigência de um juízo prévio sobre seus pressupostos; ainda que se trate de uma cognição superficial, dada a urgência que lhe é inerente, necessariamente há de resultar de dados colhidos previamente, que indiquem estar justificada a intromissão.

De outro lado, indispensável à legalidade dessas providências é a expedição de *mandado*; e tal *mandado*, que, segundo o CPP, podia ser expedido tanto pela autoridade policial como pela judiciária (art. 241), agora só pode ser *judicial*.

É que, rompendo a tradição dos textos anteriores, que subordinavam o ingresso no domicílio à *reserva legal*, o art. 5º, XI, da CF assegura: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (grifei). E essa *reserva jurisdicional*, agora consagrada pelo texto constitucional, importa necessariamente na observância das garantias do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e, especialmente, na exigência de *fundamentação* (art. 93, IX, CF).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Jerold H. Israel & Wayne R. Lafave, *Criminal procedure. Constitutional limitations*, 4ª ed., West Publishing, 1988, ps. 72/3.

<sup>8</sup> Galdino Siqueira, *Curso de processo criminal*, 2ª ed., São Paulo, 1917, ps. 176/7.

<sup>9</sup> Hélio Tornaghi, *op. cit.*, p. 54.

<sup>10</sup> Sobre a indispensabilidade de motivação nesses casos, observa Dinorá Adelaide Musetti Grotti: "Qualquer que seja o posicionamento adotado, parece irrecusável que o Poder Judiciário só poderá autorizar a penetração na casa através de determinação precisa, sempre motivada, para reforçar a garantia." V. Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 122.

probable  
cause

Finalmente, a lei processual também determina (art. 245 e parágrafos) o *modus procedendi* da diligência de busca e apreensão, estabelecendo a necessidade de leitura do mandado, a necessária presença dos moradores ou, em caso de ausência destes, de qualquer vizinho, e, principalmente, a lavratura de *auto circunstanciado*, que constitui a maior garantia de atendimento das prescrições legais. Como sublinhou Espínola Filho, "o fato de estar legalmente exigido que o auto seja circunstanciado indica que pormenorizada, minuciosamente, se descrevam todas as ocorrências: como foi encontrada a casa, aposento ou compartimento; presença ou ausência do acusado, do dono ou morador, de parente, empregado, vizinho; se foi atendida a ordem, ou se houve dificuldades; se houve necessidade de arrombamentos externos ou internos; se houve prisões; se se efetuaram buscas pessoais, no curso da domiciliar; as coisas ou pessoas apreendidas, como e onde foram encontradas, se foram espontaneamente entregues, diante da intimação prévia para exibição da coisa ou pessoa determinadamente procurada; a hora do início da diligência e a em que se findou".<sup>11</sup>

### 3. A busca e apreensão no caso de flagrante delito: a) impossibilidade de sua realização pelo particular

Cabe indagar, a esta altura, se as exigências legais para a realização da busca e apreensão, já analisadas, têm aplicação aos casos em que a providência é realizada nas situações em que ocorre o *flagrante delito*.

Como visto, medida coercitiva que é, a busca e apreensão tem como sujeitos ativos as autoridades públicas incumbidas na persecução penal; depende, outrossim, da existência dos requisitos do *periculum in mora* e do chamado *fumus boni iuris*; finalmente, requer a observância de certas formalidades, que constituem a garantia de quem suporta a medida restritiva de direitos fundamentais como a *intimidade domiciliar* e a *propriedade*.

Mas também é preciso reconhecer que o texto constitucional antes transcrito, ao garantir a *inviolabilidade* do domicílio, excepciona, expressa e claramente, a hipótese em que, no interior da moradia, esteja acontecendo um delito. E, no caso em exame, tratar-se-ia de delito *permanente*, configurando-se a situação de *flagrância*, enquanto não cessar a *permanência* (art. 303, CPP).

Assim, um primeiro ponto a discutir está relacionado à faculdade que o art. 301, CPP, confere a "qualquer pessoa" para "prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". Diante de tal previsão, estaria o particular autorizado pela lei a ingressar no domicílio alheio, proceder à busca e, só então, diante da atualidade da ação criminosa, realizar o aprisionamento?

A resposta deve ser necessariamente negativa: o particular, conquanto possa prender quem seja por ele surpreendido nas situações em que existe o flagrante (art.

<sup>11</sup> Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, vol. III, p. 197.

302, CPP), não está por isso legitimado a realizar outros atos coercitivos, próprios das autoridades e agentes policiais.

O tema, não usualmente tratado entre nós, tem merecido entretanto agudas reflexões por parte da doutrina italiana.

Escrevendo ainda sob a égide do Código de Processo Penal peninsular de 1913, já observava Manassero: "La facoltà del privato per l'arresto va a nostro avviso intesa restrittivamente, e non estesa analogicamente ad altre forme di intervento privato: se, ad esempio, pretenda di sequestrare il corpo del reato ovvero si arroghi di esercitare la sua facoltà fuori delle forme e degli scopi che sono di legge, passando ad ulteriori atti di coercizioni o disposizione."<sup>12</sup>

E também Manzini, referindo-se ao art. 242 do CPP italiano de 1930, sublinha que referida disposição deve ser interpretada restritivamente; e, mesmo reconhecendo ser natural que a lei outorgue aos particulares os meios necessários para realizar tal faculdade, lembra que nessa situação o particular "no puede ni violar el domicilio ajeno, ni usar las armas sin necesidad de defensa".<sup>13</sup>

A par disso, em seu monumental "Tratado de direito penal", o próprio Manzini não hesita mesmo em considerar que, na hipótese, o particular age como oficial público enquanto se contenha nos limites estabelecidos pela norma autorizadora; mas, como esta não lhe consente entrar no domicílio alheio, se ele, mesmo para prender um criminoso em flagrante ou para apossar-se do corpo de delito, viola o domicílio, responde pelo crime do art. 614 do Código Penal (violação de domicílio).<sup>14</sup>

Diante dessas claríssimas lições, não tenho dúvidas ao afirmar que a autorização excepcional, conferida ao cidadão para prender quem esteja em situação de flagrante delito, não implica a extensão ao particular de outros poderes, senão aqueles essencialmente necessários para realizar o ato permitido pelo art. 301, CPP, o que não inclui, evidentemente, o direito de acesso ao domicílio alheio para *investigar* a possível ocorrência de crime. Fora da permissão legal, sua atuação será *ilegal*, senão até mesmo *criminosa*.

### 4. A busca e apreensão no caso de flagrante delito: b) necessidade de atendimento dos pressupostos da cautela (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*)

Mas, ainda que não se concorde com a afirmação de que o particular, mesmo no caso de flagrante delito, não está autorizado a ingressar em domicílio alheio para efetuar busca e apreensão, um segundo aspecto merece ser ponderado: trata-se de saber se, nessa situação, estaria o cidadão comum igualmente sujeito à observância dos pressupostos exigidos para a realização da providência cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*).

<sup>12</sup> Aristide Manassero, *La libertà personale dell'imputato*, Milano, Vallardi, 1925, p. 44.

<sup>13</sup> Vincenzo Manzini, *op. cit.*, ps. 614/5.

<sup>14</sup> Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, UTET, 1947, vol. VIII, p. 765.

Aqui a conclusão é positiva.

Se, como visto, a atuação do particular que prende em flagrante é excepcional, caracterizando uma hipótese anômala de exercício privado de função eminentemente pública, é indúvidoso que para tal incumbência há de sujeitar-se, pelo menos, aos mesmos requisitos exigidos para a atuação do agente público.

Se admitida, apenas para argumentar, a faculdade do cidadão para proceder à busca e apreensão, para sua legalidade é evidentemente indispensável, em primeiro lugar, que exista o perigo de desaparecimento, dispersão ou ocultação dos elementos probatórios que se pretende assegurar com a providência excepcional (*periculum in mora*).

Por outro lado, também é de rigor a existência, na situação concreta, de indicações razoáveis sobre a existência do direito a ser assegurado pela cautela; é preciso, em suma, dispor de dados concretos que possam constituir as *fundadas razões* a que se refere o art. 240, § § 1º e 2º, do nosso CPP, que correspondem, como visto, à *probable cause* do direito norte-americano, ou ao *fundato motivo* da legislação peninsular (*fumus boni iuris*).

Mesmo nos casos de flagrante delito, em que a Constituição excepciona a inviolabilidade domiciliar, é necessário atender a essa exigência, pois só a certeza subjetiva sobre situação de flagrância, e de que o morador está na posse de provas materiais que devem ser apreendidas, pode ensejar o ingresso na casa alheia.

E tal convicção não pode ser aquela revelada *a posteriori* pela apreensão já realizada, mas sim a existente *antes* do ingresso no domicílio. Como pondera Tornaghi a esse respeito, "*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. Por tudo isso, quem houver de contrastar a legitimidade da ação da autoridade deve colocar-se na situação e no tempo em que aquela decidiu dar a busca. Seria errado afirmar a inexistência de fundadas razões situando-se na posição de quem já conhece e pode ponderar o que só depois veio a ser sabido*".<sup>15</sup>

Ora, se a lei exige da própria autoridade essa circunspeção na avaliação dos elementos que autorizam o ingresso na casa alheia, tratando-se de prisão em flagrante realizada excepcionalmente por particular, com muito maior razão é de ser exigida, pelo menos, a mesma *suspeita grave e séria*, senão a própria *visualização* da conduta delituosa e da necessidade de apreensão de elementos probatórios; o cidadão comum está autorizado pela lei a *prender* quem se encontre em flagrante delito; não, evidentemente, a investigar – e muito menos com providências coercitivas – a prática de infrações penais.

### 5. A busca e apreensão no caso de flagrante delito: c) a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo

Questão semelhante à exposta na presente consulta já foi objeto de análise pela C. 4ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento

<sup>15</sup> Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, 5ª vol., p. 199.

da Apelação Criminal nº 83.624-3, da Comarca de Guarulhos, relator o eminente Des. Dante Busana.<sup>16</sup>

No caso mencionado, discutia-se sobre a possibilidade de ingresso em domicílio da *autoridade policial* que recebera "telefonemas anônimos" noticiando o tráfico de entorpecentes em determinado local. Apenas com base nisso, o Dr. Delegado de Polícia e policiais militares arrombaram e invadiram a residência do réu e ali encontraram 1,1g de maconha solta e 47g prensados, além de 13 "papelotes" de cocaína, com o peso líquido de 21,5g.

Mesmo assim, assentou o v. julgado: "quem quer que se coloque na situação e no tempo em que o Dr. Delegado de Polícia decidiu invadir o domicílio, é obrigado a reconhecer que não possuía ele motivos para *suspeita grave e séria* da ocorrência de flagrância do delito permanente que queria reprimir. Não podia, assim, entrar na casa a pretexto de fazer cessar o crime e prender seu autor e, muito menos, para investigá-lo e prová-lo, mercê de busca não autorizada judicialmente".<sup>17</sup>

Ademais disso, ao rebater a justificativa da autoridade, no sentido de que "a Constituição Federal assegura a busca domiciliar (*sic*) em caso de flagrante", no corpo do acórdão ficou lapidarmente consignado: "Ao permitir a entrada em casa alheia, sem o consentimento do morador ou mandado judicial, em caso de *flagrante delito* (art. 5º, XI), a Carta Magna exige, quando menos, *fundada suspeita* da situação de flagrância. Se a mera possibilidade, sugerida por denúncia anônima, que pode ser caluniosa e gerada por torpe vingança, ou a atitude cautelosa do morador diante de um estranho que lhe formula proposta insólita, bastassem para tornar desnecessários o consentimento ou o mandado judicial, coisa bem frágil seria o direito à inviolabilidade do domicílio, consagrado por todos os povos cultos e que não impede, nos países que o cultuam, a repressão do tráfico de entorpecentes".<sup>18</sup>

E assim concluiu a douta maioria: "Na hipótese, a apreensão, que se constitui na prova fundamental do fato típico, foi obtida por meio ilícito (violação do domicílio do réu) e não pode, portanto, ser como tal admitida. Sem ela, falta suporte à condenação".<sup>19</sup>

### 6. Os pressupostos da busca e apreensão no caso concreto

Na situação concreta examinada, os elementos constantes do auto de prisão em flagrante, assim como os obtidos na instrução judicial, indicam que os responsáveis pela recepção do "apart-hotel" teriam recebido reclamações de outros moradores, dando conta de barulho provocado por aparelho de som, além de odor característico de "maconha", provenientes do apartamento ocupado pelos acusados.

<sup>16</sup> Acórdão publicado pela RT 670/273-6.

<sup>17</sup> Acórdão citado, p. 274.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 274.

<sup>19</sup> *Idem*, ps. 274/5.

Com base nisso, o supervisor G. e mais quatro seguradoras dirigiram-se até o referido apartamento, onde o primeiro tocou a campainha e foi logo atendido pelo acusado R.; antes que pudesse dizer alguma coisa, como ele próprio afirma (fl. 93), os seguradoras foram logo invadindo o apartamento e passaram a vasculhá-lo.

Esses fatos, sobre os quais não existe controvérsia nos autos, indicam claramente, em primeiro lugar, não ter existido aquele mínimo de prova exigível para a caracterização das *fundadas razões* que a lei processual exige para a busca e apreensão realizada, a *razoável probabilidade*, que se caracteriza por "algo mais do que a simples suspeita" e "menos do que a prova exigida para uma condenação" (v. *retro*, nº 2), não ficou evidenciada. Mesmo o mencionado "odor" de substância entorpecente não chegou a ser constatado, tanto pelo supervisor G., que sofre de "problema de olfato" (fl. 93v), como pelo segurança E., que assegura ser a ventilação do apartamento "bastante eficaz" (fl. 94).

Ausente, assim, o requisito do *fumus boni iuris* que poderia justificar a medida extrema, violadora da intimidade domiciliar.

Sob outro aspecto, também não ficou demonstrado, na situação examinada, o *periculum in mora* indispensável para autorizar o excepcional ingresso no domicílio: é que em nenhum momento se afirmou, ou sequer se insinuou, que os ocupantes do apartamento em questão estivessem para deixá-lo, desaparecendo com a droga que guardavam no interior da habitação. Se havia necessidade de investigar eventual ocorrência de crime, essa tarefa não era urgente, pelo menos para a segurança do hotel, a ponto de investir-se em funções policiais; em poucos minutos seria possível contar com a presença da Polícia para tal finalidade.

E - finalmente - também não se tem notícia do atendimento das formalidades legais necessárias: não houve anúncio da busca a ser realizada (no contrário, houve invasão premeditada, com os seguradoras se escondendo no corredor para não serem percebidos) e tampouco houve-se o "auto circunstanciado", que constitui a maior garantia da observância das prescrições legais.

**7. Conseqüências processuais: a) da falta de legitimidade do particular para realizar a busca e apreensão; b) da falta dos pressupostos para a medida coercitiva de natureza cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*); c) da inobservância das formalidades de execução da referida providência**

Diante do que acaba de ser afirmado, cabe agora indagar quais seriam os efeitos processuais da falta de legitimidade dos executores da busca e apreensão realizada, da inoportunidade dos pressupostos da cautela, e, finalmente, da inobservância das regras legais que disciplinam a referida providência.

Antes de tudo, é preciso insistir que o direito à obtenção de provas, conquanto assegurado pela Constituição, por estar inscrito nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto, encontrando limites. E essa constatação tem especial alcance no processo penal, onde se discute essencialmente a liberdade do indivíduo. A dicotomia defesa social direitos de liberdade assume frequentemente conotações

dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar, na medida menor possível, os direitos individuais transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas com respeito aos valores fundamentais essenciais à convivência dentro do *Estado de direito*; nessa visão, as proibições de prova e a observância dos ritos legais não configuram um formalismo inútil, mas uma exigência ética a ser respeitada, um instrumento de garantia para o indivíduo e, ao mesmo tempo, condição essencial tanto para a correção como para a legitimidade da própria atividade jurisdicional.

Assim, a *legalidade* constitui pressuposto básico da atividade probatória. Mas aqui, como já observado, é preciso distinguir entre *provas lícitas* e *provas ilegítimas*; as primeiras resultam da infração de normas ou princípios de direito material, pessoais pelo ordenamento para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade; o seu vício está no momento da *obtenção* e, por isso, não podem ser admitidas no processo (CF, art. 5º, LV), já em relação às *provas ilegítimas*, a violação relaciona-se à lei processual e suas conseqüências estão limitadas à eventual sanção de ineficácia.

Na hipótese examinada, destaca-se, em primeiro lugar, a preponderância da proteção constitucional e penal da inviolabilidade do domicílio, pois o art. 5º, inc. XI, da Carta de 1988, tutela o espaço íntimo do homem e de sua família contra intromissões indevidas. E, como acentuado, a violação indevida do domicílio - que até mesmo poderia ser qualificada como criminosa - decorreu não somente da falta de legitimidade dos seus executores (seguradoras particulares), como também da ausência *in casu* dos pressupostos da providência de natureza cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*).

A infração aos direitos fundamentais à *intimidade* e à *segurança*,<sup>20</sup> que constituem objeto de proteção constitucional e penal, caracteriza, sem dúvida, a *ilicitude* da prova resultante.

E a conseqüência de tal violação é a *inadmissibilidade* processual das referidas provas, de acordo com o que prescreve também a Constituição, no art. 5º, inc. LVI: "*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*" Trata-se, na verdade, de não-provas para o legislador constituinte, o que as reconduz à categoria da *inevitância jurídica*; elas simplesmente *não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas*. Daí sua total ineficácia.<sup>21</sup>

Aliás, na hipótese semelhante decidida pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (v. *retro* nº 5), o v. julgado também concluiu pela inadmissibilidade da prova obtida com violação do domicílio, proclamando: "A prova assim obtida é ilícita e se a única

<sup>20</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, ps. 189 e 382.

<sup>21</sup> Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 124.

o comprovar a materialidade do delito, imperiosa a absolvição do réu com base no art. 386, II, do CPP.<sup>22</sup>

Mas, além desses vícios de natureza material, que conduzem à *inadmissibilidade* das provas aqui discutidas estão viciadas por outras irregularidades, de índole processual, uma vez que na sua execução não foram observadas as disposições do Código de Processo Penal: a) não se atenderam as cautelas do art. 245 do CPP, especialmente quanto à informação aos moradores do apartamento quanto ao objetivo da busca, havendo, ao contrário, pura e simples "invasão" do local pelos seguranças antes escondidos no corredor; b) não se fez a indispensável lavratura de auto circunstanciado pelos executores da diligência, com a assinatura de duas testemunhas presenciais (§ 7º do art. 245, CPP). Trata-se então de hipótese de *ilegitimidade*, que deve resultar em sanção de *nulidade* do ato realizado e, por consequência, na ineficácia da prisão em flagrante e de todos os demais atos processuais subsequentes, inclusive a especialmente a própria sentença.

Em conclusão, a prova mencionada na consulta é, ao mesmo tempo, *ilícita e ilegítima*. Não poderia ter ingresso no processo, por força do disposto pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal, sendo *inutilizável* para o convencimento judicial. E também resultou de ato viciado, por inobservância das formalidades do art. 245 do CPP; nesse último caso, trata-se de busca e apreensão nula, cuja invalidade deve ser proclamada, com a contaminação do flagrante e demais atos subsequentes (art. 573, § 1º, CPP).

## RESPOSTAS AOS QUESITOS

Assim examinada a questão, passo a responder aos quesitos formulados pelo ilustre consulente:

1. O direito à prova de acusação é ilimitado?

R.: Não. A atividade probatória realizada no processo penal deve ser conduzida dentro dos parâmetros da legalidade, não sendo possível admitir-se a violação de direitos fundamentais para a *obtenção* de elementos probatórios (caso em que a prova será *ilícita*), nem o descumprimento das formalidades que a lei processual prescreve para a produção da prova ou execução de providências a ela relativas (*ilegitimidade*, que acarreta a *nulidade* da prova).

2. Qual a natureza e requisitos da *busca e apreensão* regulada nos arts. 240 e segs. do Código de Processo Penal?

R.: A busca e apreensão constitui medida *coercitiva* de natureza *cautelar*. Como providência coercitiva, só pode ter como sujeitos ativos as autoridades públicas incumbidas da investigação e da perseguição penal. Como medida cautelar, subordi-

<sup>22</sup> Acórdão citado, p. 273.

na-se à ocorrência, na situação concreta, do perigo de frustração de seu objetivo, diante da demora (*periculum in mora*), bem como da razoável probabilidade de existência do direito que se pretende assegurar (*fumus boni iuris*).

3. No caso de prisão em flagrante realizada por *qualquer do povo*, com base na faculdade atribuída pelo art. 301 do CPP, é possível reconhecer ao particular o poder de realizar busca domiciliar?

R.: Certamente não. A previsão do art. 301 do CPP, nesse ponto, é absolutamente excepcional, não sendo possível estender ao particular outros poderes, senão aqueles necessários para realizar o ato permitido, o que não inclui, evidentemente, o acesso ao domicílio alheio para *investigar* a possível ocorrência de crime.

4. Admitida, apenas para argumentar, a possibilidade de realização da busca e apreensão pelo próprio particular, quais os pressupostos a serem observados para ingresso no domicílio alheio?

R.: Tratando-se, como se frisou, de medida de natureza cautelar, seria indispensável haver, na situação concreta, o perigo de desaparecimento dos elementos probatórios (*periculum in mora*), assim como "fundadas razões" para crer que, através da medida excepcional, seria possível obter tais elementos (*fumus boni iuris*).

5. No caso concreto, estavam presentes tais pressupostos?

R.: As circunstâncias mencionadas nos autos mostram, claramente, que nenhum desses pressupostos ocorria: não se noticiou qualquer fato que levasse a crer que os acusados estivessem prestes a deixar o local, ou que não houvesse tempo de comunicar o fato à Polícia, que poderia investigar a situação; também era mínima a suspeita sobre a existência de tóxico no interior do apartamento, falando-se, sem muita convicção, em um "odor" característico de maconha.

6. Qual a repercussão processual da *ilegitimidade* dos sujeitos ativos da diligência de busca e apreensão, bem como da ausência de seus pressupostos, em relação à prova obtida?

R.: A prova obtida com indevida violação do domicílio é ilícita, pois afronta garantia do indivíduo inscrita na Constituição (art. 5º, inc. XI). No caso, tanto a *ilegitimidade* do particular para realizar a busca e apreensão, faculdade não compreendida na previsão do art. 301 do CPP, como a inoportunidade dos pressupostos que poderiam autorizar o ingresso da própria autoridade na casa alheia, configuram essa violação. A consequência dessa ilicitude é a *inadmissibilidade* da prova (art. 5º, inc. LVI, CF), que não pode, assim, ser utilizada para a formação do convencimento judicial. Assim, simplesmente *não existe*, na hipótese examinada, prova da materialidade da infração penal, devendo ser decretada a absolvição dos acusados, com base no art. 386, II, CPP (solução, aliás, adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento mencionado no item 5 do parecer).

7. Na mesma situação, quais as formalidades exigíveis para a realização da diligência? Foram elas observadas no caso concreto?

R.: Se admissível, a busca e apreensão deveria, no mínimo, observar as formalidades prescritas no art. 245 do CPP, especialmente: a) informação aos moradores quanto ao objetivo da busca; b) lavatura de auto circunstanciado pelos executores da diligência, com assinatura de duas testemunhas presenciais. Não há, na hipótese, notícia da observância da primeira regra, havendo referência, ao contrário, de uma arbitrária "invasão" do apartamento por policiais escondidos no corredor; e também não se fez menção ao referido auto circunstanciado da diligência.

8. Quais as consequências processuais da inobservância das mencionadas formalidades, em relação ao material apreendido na diligência?

R.: Cuida-se aqui de *ilegitimidade* do ato realizado, cujo efeito é a sua *nulidade*, que, por sua vez, contamina todos os atos subsequentes, desde o flagrante até a sentença de primeiro grau (art. 573, § 1º, CPP).

É o parecer.