

O CARÁTER CAUTELAR DAS MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Diogo Rosa Souza.

Advogado Criminalista.

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Uniritter.

Resumo: O presente estudo visa analisar as características principais das medidas de busca e apreensão no processo penal. Para tanto, realizaremos um estudo da teoria geral das medidas cautelares, objetivando determinar o caráter cautelar que essas medidas apresentam e os problemas que possam decorrer de tal característica. Utilizando de método dialético, dedutivo e comparativo através de pesquisa bibliográfica para responder as questões práticas e doutrinárias acerca da busca e da apreensão.

Palavras-chave: Processo Penal. Medidas Cautelares. Busca. Apreensão.

Riasunto: Questo studio si propone di analizzare le caratteristiche principali gli misure di perquisizione e sequestro nel procedimento penale. Per entrambi, há condotto uno studio di teoria generale delle misure cautelari, al fine di determinare Il carattere cautelare che questi misure hanno e problemi che possono sorgere da una tale caratteristica. Utilizzando il metodo dialettico, e di letteratura comparata per rispondere a domande pratiche e dottrinali a proposito di perquisizione e sequestro.

Parola-chiave: Procedimento Penale. Misure Cautelare. Perquisizione. Sequestro.

INTRODUÇÃO

O processo penal é o meio necessário ao reconhecimento de fatos passados no intuito de esclarecer sobre a responsabilidade de alguém para com um fato bem como de sua ilicitude. Por essa razão, o Estado utiliza-se de diversos meios na intenção de trazer ao processo tudo que possa servir à reconstrução daquele fato (crime) passado e, assim, responsabilizar o seu autor.

Dentre as diversas formas que possui o Estado para a reconstrução do fato ilícito, é no processo penal que encontra-se algumas medidas coercitivas ou restritivas de direitos. Dentre essas medidas, encontram-se as cautelares. Esses institutos destinam-se quase que exclusivamente à proteção do resultado útil do processo e são de extrema relevância, pois são demasiadamente invasivas e, consequentemente, acabam por restringir direitos assegurados pela Constituição Federal.

Contudo, a doutrina e a legislação processual penal brasileira não tratam adequadamente do assunto, acabando por ater-se quase que unicamente em uma das espécies das cautelares. Não obstante, o código de processo penal acabou por desmembrar as medidas cautelares espalhando-as em diversos títulos e capítulos, cuidando quase que tão somente das prisões cautelares e esquecendo-se do restante das medidas.

O Código de Processo Penal Brasileiro, quando dispôs acerca das medidas de busca e de apreensão, aparentemente esqueceu-se das suas características cautelares, bem como unificou as medidas dispondo-as como se fossem um único instituto destinado a obtenção de provas ou como provas.

Aparentemente, a visão processual destas medidas acabou por afetar a sua utilização na prática, possibilitando que se enxergassem abusos e violações de direitos processuais e fundamentais. Portanto, o estudo desses institutos se faz necessário, bem como de suas características cautelares.

DESENVOLVIMENTO

1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Os estudos acerca da Teoria Geral das Medidas Cautelares (ou de Urgências), da mesma forma que são vistas hoje, tiveram seu início com os autores italianos, em especial no século XX, quando se apresentaram sucessivos estudos sobre o assunto. Muito embora, encabeçados por Giuseppe Chiovenda e seguido por Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, no âmbito do processo civil.

Foi CHIOVENDA o primeiro a tentar conceituar e sistematizar as Medidas Cautelares determinando que essas deveriam ser vistas como meras ações assecuratórias, ou seja, ações que visam inibir a possibilidade de um dano a um possível direito, mesmo que se sobreviesse o conhecimento ao término da ação principal que o direito que se almejava assegurar inexistia, o direito de exercício dessas simples ações deveria¹.

Ainda, defendeu o autor, que tal ação desenvolvia-se em caráter de urgência e, portanto, deveria ser examinada de forma superficial através de uma “*summaria cognitio*”.

Contudo, defendia CARNELUTTI que o processo cautelar surgiria como um terceiro gênero de processo junto ao processo de cognição e de execução como um processo contencioso mesclando características de processo de cognição e de execução por possuir como conteúdo a própria *lide*².

¹ CHIOVENDA, 1936, p. 298. APUD. THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Universitária de Direito. 2005. p.36-37

² CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto Processuale Civile, vol. II. p. 60. APUD CARPENA, Márcio Louzada. Do processo cautelar moderno. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 13.

Porém, foi CALAMANDREI quem melhor analisou as características de uma medida cautelar, visto que ponderou acerca do caráter estritamente instrumental das medidas cautelares quando determinou pela primeira vez a ideia de uma instrumentalidade *qualificada elevada ao quadrado*. Não obstante, sublinhou sobre a provisoriedade dos procedimentos cautelares, analisando que tais medidas encontram-se ligadas à existência de um possível dano jurídico, derivado da demora do processo principal (*periculum in mora*)³. Dessa forma, iniciou-se a construção do que hoje é o processo cautelar.

Contudo, devemos ainda analisar as características das medidas cautelares com base na doutrina processual penal para maior compreensão.

2 ASPECTOS GERAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

O Processo Penal, embora diferente, também apresenta suas medidas de urgência. No processo penal as medidas cautelares apresentam algumas diferenças essenciais àsquelas do processo civil; contudo, ainda com o escopo de servir de guarida à demanda principal⁴.

Ora, por consequência, as medidas cautelares acabam por apresentar algumas pequenas modificações em suas características, quando comparadas ao processo civil, pois, no processo penal, como bem alertou CHOUKR, que:

“não existe a materialização de uma pretensão cautelar por meio de uma provocação postulatória especificadamente baseada em provas sobre a necessidade da cautela a ser tomada e tampouco existe um procedimento cautelar específico que materialize, com o emprego substancial do devido processo legal, o caminho cognitivo a ser percorrido pelo Magistrado para que alcance seu provimento”⁵.

As cautelares, no processo penal, diferenciam-se das utilizadas no processo civil em decorrência da distinção entre os dois processos. Sustentando a maior parte da doutrina processual penal, em especial, a *jurisdição*. Esta não se pronuncia em razão de uma *lide* - pretensão resistida - porque, diferentemente da jurisdição civil, não observa-se no processo penal o conflito de interesses, mas sim o direito subjetivo de um Estado de aplicar a sanção penal. Esta, no entanto, só pode ser aplicada através da jurisdição penal, ou seja, através do devido processo legal.

³ CALAMANDREI, 2000. APUD. THEODORO JUNIOR, *Op.cit.*. 2005.p.36-37.

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.p. 585-586.

⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 477.

Deste modo, o processo penal não tem o escopo de desfazer um desacordo existente entre as partes a respeito do crime ou medida da pena; mas tem lugar porque, em nosso ordenamento jurídico, a punição do culpado só pode ocorrer mediante o pronunciamento jurisdicional. O processo penal tem, portanto, para atingir o efeito jurídico da punição do réu, o mesmo caráter de necessidade (*nulla poena sine iudicio*), que, no campo civil, para obter efeitos jurídicos que as partes não podem conseguir através do contrato⁶.

Logo, as medidas cautelares que eram vistas por CARNELUTTI⁷ como um *tertium genium* de processo, não se aplicam ao processo penal. Nesse processo, essas medidas vão se apresentar como procedimentos, meros atos da atividade judicial⁸, trazendo algumas modificações nas suas características, tão defendidas pelos famosos mestres peninsulares, mas necessárias para adaptação das medidas cautelares ao caráter instrumental do processo penal.

Assim, os procedimentos cautelares no processo penal recaem sobre as coisas ou sobre as pessoas restringindo, na maioria das vezes, garantias constitucionais. Por tal razão, só podem ser deferidas pelo juiz competente para julgamento da ação a fim de que se evitem os excessos e o abuso de poder⁹.

2.1 JURISDICIONALIDADE

As cautelares penais dizem respeito à necessidade de serem autorizadas pelo judiciário antes de executadas; e, no caso daquelas que possam pela lei serem executadas por órgão ou pessoa que não judiciária devem, ainda, receber a análise de sua legalidade após executada por parte do juiz competente¹⁰.

A presente característica está amplamente relacionada com a mandamentalidade defendida pelos civilistas¹¹, quando buscam explicar a necessidade do magistrado analisar os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para a determinação e, estando estes presentes, expedição de ordem para que se faça cessar o perigo de dano eminente.

Dessa forma, a constrição de uma liberdade não pode ser aceita se não emanar de ordem judicial, pois assim defende o princípio do juiz natural, não devendo se falar sequer em

⁶ CALAMANDREI, APUD. TUCCI, Rogério de Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p.34.

⁷ CARNELUTTI, Francesco APUD CARPENA, Márcio Louzada. *Op.cit.* 2005. p. 13.

⁸ TUCCI, Rogério de Lauria. *Op.cit.* 2003. p.231-232.

⁹ RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2008. p. 586-587.

¹⁰ RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2008. p. 588-589.

¹¹ CARPENA, Márcio Louzada. *Op.cit.* 2005. p. 51-52.

juiz, pois deve o poder para decretação de ordem cautelar emanar de juízo ou processo¹². Sendo então correto afirmar que o princípio da jurisdicionalidade advém não só do princípio constitucional do juiz natural, mas também do devido processo legal.

2.2 ASSESSORIEDADE

A presente característica, também observada nas tutelas de urgência no âmbito do processo civil, demonstra a dependência entre o procedimento penal cautelar e o processo penal, ou seja, “a medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, pois, na medida em que há resultado do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia”¹³.

Diferentemente do processo civil, as medidas cautelares aqui são elementos acessórios ao processo penal, perdendo a sua autonomia. No processo penal, a medida vai ser formal e materialmente relacionada ao processo do qual tem origem, pois seu deferimento baseia-se em um *juízo de probabilidade e de possibilidade*¹⁴.

Cumpra ressaltar que a cognição necessária para o deferimento do procedimento cautelar, *summaria cognitio*, que “é uma verificação limitada ou superficial (*indagine limitata ou superficiale*), pois o que se pretende é alcançar um juízo de probabilidade”¹⁵ e assim difere-se da utilizada no processo penal.

Daí por que depois de decidido o mérito do processo penal a cautelar poderá deixar de existir, pois, ao proferir a sentença, o magistrado estaria exercendo um juízo de certeza para o qual é necessário conhecer toda a matéria, fazendo com que a atividade cognitiva atue de forma plena. Podendo então, decidir acerca da necessidade ou possibilidade de manutenção da restrição causada pelo instituto cautelar. Assim, a cautelar terá o escopo de auxílio ao desenrolar do processo penal, seja ela para encontro, arrecadação de provas ou permitindo que o réu não desapareça no decurso do processo.

2.3 INSTRUMENTALIDADE

A Instrumentalidade visa à defesa do processo, mais especificamente como forma de proteger o provável resultado do processo. Tal concepção apresenta-se semelhante no

¹² WEDY, Miguel Tedesco. Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 90-91

¹³ RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2008. p. 586-587

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 202-203.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Sistema de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p.102.

processo penal, pois a instrumentalidade que a medida cautelar possui, tem o escopo de assegurar o resultado da demanda principal e de se atingir a medida principal como bem explica WEDY:

“A instrumentalidade é nota típica do procedimento cautelar. O processo é meio pelo qual se exerce o direito de punir do Estado. A medida cautelar, por sua vez, é o mecanismo necessário para garantir a efetividade do processo. Assim, a medida cautelar tem o fim de proteger a integridade e o deslinde do processo definitivo, protegendo todos os mecanismos capazes de levarem ao êxito do procedimento final”¹⁶.

Assim, determina a instrumentalidade que a medida cautelar deverá ocorrer nos casos de grave ameaça à instrução processual ou, ainda, para garantia da devida aplicação da lei penal material.

2.4 PROVISORIEDADE E PROVISIONALIDADE

Os procedimentos cautelares no processo penal apresentam uma duração temporal, por subsistirem até a superveniência de uma decisão de mérito, como por exemplo uma sentença que venha a lhes garantir caráter definitivo ou retirar-lhe a eficácia. Entretanto, defende a doutrina que é aqui que se encontra um dos maiores problemas práticos das cautelares: a indeterminação.

A questão atinente a duração da segregação cautelar é, por exemplo, onde “reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão”¹⁷.

Assim sendo, a medida cautelar tem durabilidade até que seja proferida a medida principal e enquanto seus requisitos autorizadores – *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* - estiverem presentes¹⁸. Ainda assim, não pode a medida cautelar penal perdurar até que se sobrevenha uma sentença, pois assim estaria o Estado abusando de seu poder e desrespeitando as normas constitucionais que asseguram a igualdade no processo.

Ademais, no tocante a característica de *provisionalidade*¹⁹, cabe referir que, onde se obtém o caráter situacional das medidas, vislumbra-se a tutela do fato gerador do possível dano à demanda principal, ou por assim dizer, os requisitos que ensejam as medidas cautelares (*fumus commissi delicti* e ou *periculum libertatis*). Então, desaparecer tais requisitos se faz necessária a revogação da medida.

¹⁶ WEDY, Miguel Tedesco. *Op.cit* 2006. p. 94

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury, *Op.cit.* 2006. p. 208.

¹⁸ RANGEL, Paulo. *Op.cit.* 2008. p. 587.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Op.cit.* 2006. p.207.

As duas características refletem-se com a duração da tutela cautelar penal: uma com relação ao tempo e outra com o suporte fático que autoriza a medida, de certo que, somadas, demonstram o caráter emergencial da tutela cautelar. A provisoriedade diz respeito ao limite temporal estabelecido em lei, enquanto a provisionalidade diz respeito ao caráter temporário e precário das medidas cautelares.

Assim, quando se fala em provisionalidade da medida cautelar está se querendo realçar a necessidade de uma efetiva situação cautelar. Por se tratar de uma medida situacional, que terá duração enquanto durarem os motivos pelos quais ela foi concretizada, ou seja, enquanto existir a ameaça à instrução processual ou à aplicação da lei penal etc.²⁰.

2.5 HOMOGENEIDADE OU PROPORCIONALIDADE

Toda a medida cautelar deve ser adequada ao fato, não se admitindo que a segregação gerada pelo deferimento da medida possa vir a ser superior à pena que será aplicada ao final do processo. Essa característica deverá guiar o magistrado que atuará no processo penal, devendo, na concepção de LOPES JUNIOR, o magistrado “ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*”²¹.

Deverá, então, valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização social e jurídica que ira sofrer o acusado.

Deve, ainda, a medida cautelar, adequar-se ao caso através da ponderação do julgador, se há ou não, outra medida cautelar capaz de cumprir o mesmo papel sem exceder o imprescindível para alcançar o seu resultado ou acarretando mínimo de danos possíveis a quem por ventura responda ao processo.

3 A MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA

3.1 CONCEITO

O conceito da presente medida é de fácil percepção, haja vista a sua compreensão etimológica, pois devemos relacioná-la com atividade de procura, pesquisa, exame e revista.

²⁰ WEDY, Miguel Tedesco. *Op.cit* 2006. p. 96

²¹ LOPES JUNIOR. Aury, *Op.cit.* 2006. p. 210-211

Contudo, não existe uma diferença entre esses conceitos e o conceito jurídico. Dessa forma, a busca é medida atinente à investigação, descoberta ou procura de coisas destinadas à elucidação da matéria posta em juízo criminal e sua finalidade encontra-se taxativamente fixada no artigo 240, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Assim, a busca é a pesquisa, a investigação ou a procura efetuada pela autoridade competente de elemento que possa interessar a persecução penal.²² Tal medida caracteriza-se como meio coercitivo de obtenção de coisas ou pessoas e, portanto, é admitida como exceção as normais garantias de liberdade individual (pessoal ou domiciliar) possuindo o desígnio de assegurar para o processo coisas que podem servir a prova ou prender o imputado, ou, ainda, outra pessoa acusada de delito ou evadida.²³

A medida de busca possui característica cautelar o que a torna invasiva em razão de ser oriunda do poder coercitivo estatal e por, também, agir sob permanente conflito com os princípios constitucionais atinentes à individualidade do cidadão. Com isso, é possível entender que, os direitos e garantias individuais assegurados pela constituição não possuem uma abrangência absoluta podendo, inclusive, serem restringidos face à necessidade de averiguação por parte do Estado de interesses maiores e preponderantes, como, por exemplo, a infração de norma penal material.

Portanto, assiste razão à MANZIINI quando afirma que as buscas são institutos realizáveis coercitivamente, autorizadas como exceção às garantias e normas da liberdade individual, sendo impossível efetuar um estudo adequado de tal instituto do processo penal sem relaciona-lo com princípios constitucionais como “inviolabilidade do domicílio”, “intimidade e a vida privada” e a “incolumidade física e moral do indivíduo” (CF. art. 5º, incs. XI, X e III, respectivamente), bem como “devido processo legal” e a inadmissibilidade, no processo, das “provas obtidas por meio ilícito” (CF. art. 5º, incs. LIV e LVI).

3.2 A NATUREZA CAUTELAR DA BUSCA

Como se observa do próprio conceito, busca possui natureza jurídica cautelar em razão da sua função única de pesquisa ou procura de coisas ou pessoas que possam servir ao

²² DUTRA, Luciano. Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito. 2007.p. 58

²³ MANZINI, Vincenzo. Trattato de diritto processuale penale italiano: secondo il nuovo codice. Torino: Torinese, 1932. p. 530. Apud. BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.p.108.

processo penal, existindo em sua natureza as características cautelares como: assessoriedade, instrumentalidade, jurisdicionalidade e homogeneidade.

A assessoriedade e instrumentalidade do instituto de busca são evidentes, pois a busca tem finalidade única de servir ao processo existente ou que virá a existir, trazendo à persecução penal provas e pessoas para facilitar a elucidação dos fatos.

A jurisdicionalidade corresponde a autorização necessária para a restrição das garantias constitucionais (inviolabilidade do domicílio, intimidade e a vida privada, incolumidade física e moral do indivíduo, devido processo legal e a inadmissibilidade de provas ilícitas) como forma essencial à validação do ato, salvo nas hipóteses de exceção referentes aos artigos 241²⁴ (no caso de busca domiciliar) e 244²⁵ (no caso da busca pessoal).

No caso da homogeneidade ou proporcionalidade também se observa no texto legal na preocupação do legislador com o conteúdo do mandado judicial ao afirmar que o mandado deverá indicar com precisão: “a casa onde se realizará a diligência”, “o nome do proprietário ou possuidor ou, no caso de busca pessoal quem terá de sofrê-la”, “o motivo e finalidade da diligência”. Logo, a busca deverá ser específica e não ultrapassar o conteúdo do mandado sob possibilidade de violação de princípios constitucionais e subversão da medida cautelar.

Então, se constata que a alocação dos institutos de busca e de apreensão em meio aos demais meios probatórios, conforme se observa da atual sistemática do atual Código de Processo Penal Brasileiro, facilita a erro na sua compreensão e, por conseguinte na sua aplicação prática.

Como mencionamos anteriormente, é resultado da natureza cautelar da busca a constante tensão entre sua utilização prática e os princípios e garantias constitucionais de tal forma, que é possível perceber que no processo penal brasileiro a busca não constitui prova, nem é meio para a sua obtenção consiste em medida instrumental que atua com restrição a certos direitos fundamentais, no desígnio de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com o fato, pretensamente ilícito e típico, investigado ou perquirido²⁶.

Conforme se observa, a natureza jurídica do instituto relaciona-se com a sua finalidade em meio ao processo, caracterizando-a como medida acautelatória restritiva de direitos

²⁴ Código de processo penal brasileiro; Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

²⁵ Código de processo penal brasileiro; Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

²⁶ BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Op.cit. 2005. p.116.

fundamentais, cuja finalidade instrumental é a de procura por coisas ou pessoas que importem à persecução penal; em outras palavras, a instrumentalidade é sua característica principal.

4 A MEDIDA ASSECURATÓRIA DE APREENSÃO

4.1 CONCEITO

A medida de apreensão tem a finalidade de retirar a prova, ou qualquer outro objeto que interesse a persecução penal da posse ou, ainda, do local onde esta se encontre para que fique protegida e não venha a se perder, impossibilitando sua utilização no processo penal. Pois como sabemos, o processo tem como escopo a reconstrução de um fato que ocorreu em um passado não muito distante, necessitando; portanto, resguardar as provas e indícios, pois essas são os meios que as partes utilizaram para contar, no presente, a sua história²⁷.

O resguardo de provas, indícios e demais objetos interessam ao processo penal em razão da indeclinável exigência de preservarem-se meios de prova e, na medida do possível, mantê-los íntegros para utilizá-los na instrução por duas razões: servir à verdade material; dirigir a percepção direta do juiz²⁸, ou ainda, restituir à vítima ou a terceiro de boa-fé.

A distinção entre busca e apreensão, portanto, é de fácil percepção como destaca Missaggia:

“A distinção entre busca e apreensão parece ser uma evidência. A apreensão da coisa ou da pessoa vítima, prisão de acusados ou coleta de indícios, entretanto, é a própria ratio da busca. Embora subjacente à busca uma intenção de apreensão ou prisão da coisa ou pessoa investigada ou apropriação de indícios do fato investigado, a busca e a apreensão são noções que não se confundem, pois guardam um certa autonomia e, às vezes, caracterizam-se como medidas absolutamente independentes.²⁹”

Assim, podemos conceituar a apreensão como ato pelo qual o processo penal se apossa e guarda coisas ou pessoas que importem à instrução criminal, podendo ser a referida medida coercitiva ou espontânea, cuja finalidade é o desapossamento de coisas ou pessoas de quem as retém, guardando-as e protegendo-as.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Op.cit. 2006. p. 469.

²⁸ FLORIAN, Eugênio. Delle prove penali. Milano: Vallardi, 1924.v.1. p. 257. APUD. BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Op.cit. 2005. p. 181.

²⁹ MISSAGGIA, Clademir. Da Busca e da Apreensão no Processo Penal Brasileiro. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 85. 2002. p. 82.

4.2 A NATUREZA ASSECURATÓRIA DA APREENSÃO

Fator importante para o estudo da medida é afirmar a sua natureza jurídica e o tratamento dado por parte do legislador – código de processo penal – além de grande parte da doutrina como medida única de busca e apreensão. Muito embora a doutrina e o código processual penal tratem a apreensão como parte integrante da medida de busca, compreendemos que são os dois institutos distintos, ainda que na prática muitas vezes acabam se completando. Daí porque se observa que a doutrina ora compreende a apreensão como meio de prova, ora como instrumento de sua obtenção, ora como medida cautelar e, ainda, como coação processual penal lícita³⁰.

Campos Barros, em 1982, compreendia a apreensão como “providência cautelar, e, quase sempre, é uma consequência da busca. Todavia, pode acontecer que se realiza essa providência cautelar, sem a necessidade da prévia busca.”³¹.

Nesse sentido, Dutra sustenta os fundamentos que o leva a compreender a apreensão como medida de natureza cautelar: “é nitidamente medida cautelar que visa prevenir – guardando, prevenindo, protegendo – o perecimento de coisas ou pessoas, advindo da natural demora do processo, assegurando o perfeito desenrolar da instrução criminal com a coleta de elementos relacionados com o delito que sirvam para a apuração da verdade.”³².

A função assecuratória que se compreende do instituto de apreensão é evidentemente resultante de sua característica cautelar, tendo em vista que sua finalidade é de guardar e proteger pessoas ou coisas que interessem a instrução processual. Desta finalidade se observa com facilidade as características de assessoriedade, instrumentalidade, jurisdicionalidade e homogeneidade.

5 DAS MODALIDADES DE BUSCA

5.1 CONCEITO

A busca, no processo penal, poderá diferenciar-se dependendo da situação ou de sua finalidade podendo vir a ser pessoal ou domiciliar³³. Ocorre busca pessoal quando a coisa

³⁰ BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Op.cit. 2005. p. 230- 231.

³¹ CAMPOS BARROS, Paulo Romeu Pires de. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense. 1982. p. 401.

³² DUTRA, Luciano. Op.cit.2007. p. 61.

³³ MISSAGGIA, Claudemir. Op.cit. 2000. p. 88-89.

buscada pode estar com a própria pessoa ou nos objetos que a pessoa carregue; já a busca domiciliar ocorre sempre que o objeto da medida pode estar sob o abrigo do domicílio do proprietário da coisa ou de seu detentor.

De acordo com o nosso código de processo penal a diferenciação da busca domiciliar para a busca pessoal é em razão de que a primeira se realiza em locais como casas ou compartimentos de residência particular, de habitação coletiva, ou, ainda, em que alguém exerce profissão; ou atividade remunerada ou não; enquanto a segunda incide sobre a própria pessoa³⁴.

5.2 BUSCA PESSOAL

A busca pessoal é aquela denominada comumente de revista, que é efetuada pela autoridade judicial ou policial com ou sem mandado judicial, porém normalmente é realizada sem ordem judicial sob a égide do artigo 244 do código de processo penal, que permite a autoridade policial efetuar revista sem mandado judicial no caso de prisão ou, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja sob posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando determinada no curso da busca domiciliar.

É inegável, de acordo com MISSAGGIA, que “a busca assim efetuada, com ou sem mandado judicial, exige que estejam presentes os motivos razoáveis, ou seja, motivos ancorados em fatos, de que a pessoa esconda algo em seu corpo ou pertence”³⁵ por duas simples razões: (1) tal medida encontra-se intimamente ligada a garantias constitucionais como integridade física e moral do indivíduo e intimidade e vida privada; (2) o termo “fundada suspeita” apresenta certa dificuldade em sua conceituação e compreensão não permitindo que se faça interpretação complacente.

Nesse sentido, é basilar a compreensão da forma política adotada pela nossa Constituição, pois está refletida a ideologia que organiza a convivência e estrutura social e política de nosso país. Tratando-se, assim, de elemento que serve como orientação para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais ou, como bem destaca LIMA, “a forma política inserida na Constituição, assim, é como se fosse uma “carta de intenção” que deve ser observada pela comunidade política e pelo legislador e, sobretudo, no processo penal que é um veículo condutor de princípios e garantias erigidos constitucionalmente”³⁶.

³⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Campinas: Bookseller. 2000, v.3. p.252.

³⁵ MISSAGGIA, Claudemir. Op.cit. 2000. p. 89.

³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. A tutela Cautelar no Processo Penal. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p.8.

5.3 BUSCA DOMICILIAR

A busca domiciliar consiste na procura que deverá proceder a autoridade judiciária ou policial no compartimento destinado à moradia de alguém ou, como bem explica PACELLI DE OLIVEIRA, “para busca domiciliar entende-se aquela realizada em residência, bem como em qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, no qual alguém exerce profissão ou atividade.”³⁷

Diferentemente da busca pessoal, no cotidiano forense e policial, a regra é que a modalidade de busca domiciliar seja precedida por ordem judicial, mas isso não obsta que nos casos de flagrante delito, quando realizado pela própria autoridade judiciária, havendo consentimento prévio do morador, e em se tratando, ainda, de medida excepcional e invasiva, a busca domiciliar, bem como a pessoal, guarda relação com alguns direitos e garantias fundamentais, em especial a garantia da inviolabilidade do domicílio.

Em razão disso, a regra é a existência do mandado como autorização à busca.

Contudo a busca domiciliar só deve vir a ser ordenada quando existirem séria e fundada suspeita de que na casa ou local a ser objeto do varejo, se encontram pessoas ou coisas, cuja apreensão interesse ao processo criminal, e, pois, existe razão de se esperar que sejam, ali, achadas, se procuradas³⁸.

6 DO (DES) RESPEITO À NATUREZA CAUTELAR DAS MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO

Como nos foi possível observar, os dois institutos alvos da presente pesquisa apresentam como atributo essencial a cautelaridade muito embora, o legislador em 1940 não tenha se preocupado em observar tais características e por consequência disso nos deparamos hoje com situações de ilegalidades e violações de garantias. Como flagrante violação, apenas para ilustrar, é possível citar o caso ocorrido em 2009 na cidade de São Paulo, onde uma mulher foi deixada nua e revistada a força por policiais³⁹.

Ora, é possível, ainda, vislumbrar outros e outros exemplos de violações de garantias através do desrespeito aos atributos básicos das medidas cautelares.

³⁷ PACELLI DE OLIVEIRO, Eugênio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 369.

³⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op.cit. 2000, v.3. p.257.

Em razão disso, o mandado judicial é condição essencial para a legalidade da busca domiciliar, sob pena de violação ao princípio da inviolabilidade do domicílio e a responsabilização dos agentes pelo artigo 3º da Lei nº 4898/65, bem como o artigo 150 do Código Penal⁴⁰.

O funcionário público, neste caso a autoridade policial, que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, entra ou permanece em casa alheia ou em suas dependências, contra a vontade de quem nela habita age com abuso de autoridade, consiste na violação de domicílio⁴¹, portanto, o mandado é requisito formal, estabelecendo em si a validade da medida, pois nele deve constar da forma mais específica possível: (1) indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; (2) mencionar o motivo e os fins da diligência; (3) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir;

Assim, a necessidade do mandado para realização tanto da busca domiciliar, quanto da pessoal corresponde a autorização necessária para a restrição das garantias constitucionais (inviolabilidade do domicílio, intimidade e a vida privada, incolumidade física e moral do indivíduo, devido processo legal e a inadmissibilidade de provas ilícitas) como forma essencial à validação do ato que nada mais é do que dar efetivo cumprimento a característica cautelar de jurisdicionalidade.

No que tange a prática de busca pessoal, o essencial é que se observe, quando do cumprimento da mesma se ordem judicial, proporcionalidade da medida em contrapartida a suposta suspeita de forma que se possa evitar casos como o referido anteriormente que ocorreu em São Paulo em 2009.

6.1 DO DEVER DO JUIZ DE MOTIVAR E O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA PROVA

Cabe aqui abrir um parêntese para esclarecimento sobre a ordem judicial que determina a busca e a sua necessidade para a validade da medida.

³⁹ DE CARVALHO, Salo. Anti Blog de Criminologia. De Violência contra as Mulheres e do “Ideal de Estupro”. Publicado em 20 de fevereiro de 2011. Disponível em < <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/>> Acessado em 25/02/11.

⁴⁰ Código Penal Brasileiro; Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

⁴¹ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Abuso de autoridade: notas de legislação e doutrina e jurisprudência à Lei 4898/65. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. p. 15.

Pois bem, a constituição determina de modo expresso que o juiz fundamente todas as suas decisões no processo (artigo. 93, inciso IX da CF), em especial aquelas que tenham o fim de limitar garantias e liberdades individuais protegidas pela constituição federal. Tal determinação é fundamental quando o assunto é o processo penal e, em especial, as medidas cautelares.

Como demonstrado anteriormente sobre a teoria geral das medidas cautelares e as suas características básicas, dentre elas destacamos agora o caráter mandamental que vem a ser no processo penal correlacionada a jurisdicionalidade.

O aludido atributo deve ser atentado quando se tratar do deferimento da medida de busca, fazendo-se indispensável a decisão de forma fundamentada para a ordenação da mesma, sob pena de restar completamente nula.

Por essa razão BASTOS PITOMBO destaca que:

“a decisão que determina a entrada em casa alheia precisa demonstrar os motivos de fato e de direito que justifiquem, assim, atendendo ao interesse individual e coletivo. Com efeito, considerando-se a função social e política do processo penal, todos os membros da comunhão social, impessoalmente, considerados, por igual, guardam o direito de saber as razões do ato decisório.”⁴².

Desse modo, a ilegalidade da busca torna ilícita a apreensão, se esta decorrer daquela, tornando o objeto – provas, indícios e etc. – algo impossível de amparar a sentença em razão de a Constituição Federal obstar a admissão no processo de provas ilícitas⁴³.

Assim, no que diz respeito a ordem autorizadora da busca, a motivação vem a ser requisito essencial da medida para tornar possível a sua legitimação, pois o código de processo penal brasileiro, ao estabelecer que a busca pudesse se dar na forma domiciliar ou pessoal, procurou assegurar que o deferimento das referidas medidas somente se efetivassem quando passassem pelo crivo do magistrado e este terá sempre como dever “explicitar as razões de fato e direito que embasa a decisão restritiva”⁴⁴.

Em outras palavras, o magistrado ao deliberar deve deixar explícito quais os fatos e/ou direitos que possam demonstrar *fumus commissi delicti*, bem como já determinar qual será o objeto e a finalidade e o destinatário da medida restritiva o por consequência da determinação expressa do código de processual brasileiro.

Tais providências visam impossibilitar que na execução da busca sejam apreendidas pessoas ou coisas que não venham a se relacionar com o delito investigado.

⁴² BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Op.cit. 2005. p.131.

⁴³ MISSAGGIA, Claudemir. Op.cit. 2000. p. 116.

⁴⁴ MISSAGGIA, Claudemir. Op.cit. 2000. p. 116.

Nesse sentido, relembremos as lições de LOPES JUNIOR sobre a aplicação do princípio da especialidade da prova que se caracteriza como um vínculo limitativo que relacionará o objeto da busca com a decisão que autorizou a medida, concedendo uma especialidade à prova ou indício que vier a ser colhido por meio desta medida.

Ora, trata-se de se atentar à finalidade da busca, ou seja, à averiguação acerca de um determinado delito discutido no processo penal, pois a especialidade da prova busca cercar a utilização da busca para descobrimento de crimes diversos ou, como bem destaca LOPES JUNIOR,

“é preciso compreender que o ato judicial que autoriza a busca domiciliar é plenamente vinculado e limitado. Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma “especialidade” de seus fins. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo.”⁴⁵

Logo, a ideia trazida pelo princípio da especialidade nada mais é do que o simples respeito às regras das medidas de busca e de apreensão, pois seu objetivo é terminar com as ingerências dentro da residência ou na própria pessoa dos suspeitos, investigados e réus em inquéritos policiais e processo penal através da exigência de observância dos requisitos ensejadores da busca (fundadas suspeitas), dos requisitos na elaboração do mandado de busca (mandado genérico) e da fundamentação do juiz que determinar a busca.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a atividade de busca consiste em medida invasiva e restritiva de direitos que viabilizam a pesquisa na pessoa e seus pertences ou em sua residência.

Logo, caracteriza-se como medida cautelar que possui um caráter instrumental mais acentuado do que as demais embora, apresente claramente os demais atributos de cautelar - jurisdicionalidade, assessoriedade, provisoriedade e provisionalidade e a proporcionalidade - e por meio dela é que se viabiliza a ingerência na intimidade do acusado para que se procurem coisas ou pessoas que possam assegurar o resultado do processo criminal.

Deve, em regra, a busca proceder-se mediante a apresentação de mandado judicial, mas permite-se a exceção nos casos em que a própria autoridade judiciária realizar a busca, na hipótese de consentimento expresso do morador, nos casos de flagrante delito e para a

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op.cit. 2006. p. 657-658.

prestação de socorro. Fora destas hipóteses, torna-se essencial a expedição de ordem judicial devidamente fundamentada, devendo nela constar o local específico em que se realizará a diligência e o que lá se pretende encontrar sob pena de a prova colhida violar o princípio da especialidade da prova e tornar-se nula.

As garantias constitucionais que se relacionam com a apreensão são exatamente as mesmas que se relacionam com a busca. Isso ocorre por dois fatores, o primeiro diz respeito à possibilidade da apreensão vir a ser decorrência da busca e, o segundo diz respeito à essência da medida, pois esta irá interferir na propriedade de alguém podendo, assim, violar a dignidade da pessoa humana, do qual derivam os princípios da intimidade, a vida privada, incolumidade física e moral. Não obstante, a medida se relaciona com provas e, assim, interage com os princípios da inadmissibilidade da prova ilícita e do devido processo legal.

Assim, é fundamental que se observe com maiores cuidados possível a execução destas medidas como forma de preservar e se obter a manutenção dos direitos fundamentais dos cidadãos, bem como propiciar à sociedade a verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE E SIVA, Danielle Souza de; LEITE, Rosimeire Ventura. O Sigilo financeiro, os direitos à vida privada e à intimidade e a produção da prova criminal. In FERNANDES, Antonio Scarance (Coord.). Sigilo no Processo Penal – eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva. 2005.

BRASIL. Código Penal; Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79750 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 04/11/1999, publicado em DJ DATA-12-11-99 P-00123. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 41.354 – SP, Relator : Ministro Gilson Dipp, Julgado em 19 de junho de 2007. Disponível em <http://www.stj.jus.br/>. Acessado em 24 out. 2009.

BRASIL. Lei ordinária nº 11.767 de 07 de agosto de 2008. Altera o art. 7º Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm>. Acessado em 02 de nov. de 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

BENITES DE AZAMBUJA, Jail. Busca e Apreensão em escritórios de advocacia e interceptações telefônicas de conversas de advogados com clientes. Disponível em: <http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/JailBenitesdeAzambuja.doc>. Acesso em 20 out. 2009.

CAMPOS BARROS, Paulo Romeu Pires de. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense. 1982.

CARNEIRO GOMES, Rodrigo. Contornos do mandado de busca e apreensão. Revista de Direito UPIS. v.1. (2003). Brasília, DF. UPIS:2006. Disponível em <http://200.199.244.67/revistadireito/rev_dirvol4.pdf#page=19>. Acesso em 19 out. 2009.

CARPENA, Márcio Louzada. Do processo cautelar moderno. Rio de Janeiro:Forense. 2005.

CALAMANDREI, Piero. Introdução Ao Estudo Sistemático Dos Procedimentos Cautelares. Trad Carla Roberta Andreasi Brassi. Campinas: Servanda, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

DE CARVALHO, Salo. Anti Blog de Criminologia. De Violência contra as Mulheres e do “Ideal de Estupro”. Publicado em 20 de fevereiro de 2011. Disponível em <<http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/>> Acessado em 25/02/11.

DUTRA, Luciano. Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito. 2007.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Recurso de Casación nº 3975/1998. Sala de lo Penal, Madrid, 18 de Julio de 2000. Disponível em <www.poderjudicial.es>. Acesso em: 18 out. 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Campinas: Bookseller. 2000, v.3.

FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

FERRAIJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Abuso de autoridade: notas de legislação e doutrina e jurisprudência à Lei 4898/65. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

LIMA, Marcellus Polastri. A tutela Cautelar no Processo Penal. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. Sistema de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

- MISSAGGIA, Clademir. Da Busca e da Apreensão no Processo Penal Brasileiro. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 85. 2002.
- MISSAGGIA, Clademir. Da Busca e da Apreensão no Processo Penal Brasileiro. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, n. 0. 2000.
- MILANO JUNIOR, Luiz Caldas. Atividade Probatória e Princípio da Especialidade: Traçando limites à utilização da interceptação telefônica na instrumentalidade constitucional. 2009. Monografia. (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do Processo Penal. Curitiba: Juruá. 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- PACELLI DE OLIVEIRO, Eugênio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- PINTO, Luiz Vicente de Vargas. Constituição Federal Anotada e Comentada. Porto Alegre: Grafisul. 2001.
- PLETSCH, Natalie Ribeiro. Formação da Prova no Jogo Processual Penal: O atuar dos sujeitos e a construção da sentença. 2005. Dissertação. (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. Elementos de direito penal, v.2, Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Universitária de Direito. 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. São Paulo: Universitária de Direito. 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, São Paulo: Saraiva. 2005b, v.1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v. 3. São Paulo: Saraiva. 2008.
- TUCCI, Rogério de Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- WEDY, Miguel Tedesco. Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.