

# BUSCA E APREENSÃO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Pollyana Cristina da Silva  
Tháís Soares de Oliveira

“O Estado-Leviatã, não tem escopo em nossos dias”.  
Alberto Zacharias Toron

## RESUMO

O instituto da Busca e Apreensão, depreendido do art. 240 ss do CPP, constitui em diligência que se realiza objetivando a procura de alguma coisa ou de alguém para apreendê-la. Possui aplicabilidade como meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciando no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios. Dessa forma, é disposta em duas modalidades no CPP: pessoal e domiciliar, apresentando entraves aos direitos individuais garantidos na constituição. Representando uma medida de exceção, deve ser realizada, imprescindivelmente, conforme os ditames legais, como por exemplo, os paradigmas de sua aplicabilidade nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e a possibilidade de sua realização em escritórios profissionais de advocacia.

## PALAVRAS-CHAVE

Busca e Apreensão, Pessoal, Domiciliar, Direitos Individuais e Constituição.

## Introdução

Decorrente da relativização dos direitos individuais, o Estado Brasileiro criou o instituto da busca e apreensão, como meio de obtenção de prova, com a finalidade de garantir o bem-estar da coletividade, em detrimento aos interesses do indivíduo. Tal medida possui caráter acautelatório, uma vez que, funcionalmente, vem para impedir que as provas do crime desapareçam, ou que tornaria impossível ou problemático o seu aproveitamento na persecução penal.

Busca é o ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direitos individuais, desencadeados pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, podendo ser realizado em pessoas ou lugares (NUCCI, 2008, p. 511).

Apreensão é uma medida assecuratória que consiste em uma to processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas (objetos, papéis ou documentos), de pessoas, do poder de que as retém ou detém; tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem a instrução criminal ou ao processo (NUCCI, 2008, p. 511).

Dessa forma, por serem medidas que sempre caminham juntas, a busca e apreensão nada mais é que diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura para apreendê-la, com fulcro no art. 240 ss do CPP.

Consoante às generalidades apresentadas, faz-se mister apresentar suas especificações, quais sejam, a busca pessoal feita em consonância com a lei, bem como a realizada de forma arbitrária e abusiva, caracterizando o popular “baculejo”; as peculiaridades da busca domiciliar; a crítica desse instituto frente ao direito comparado norte-americano; e suas aplicações de forma específica nas Comissões parlamentares de Inquérito e nos escritórios dos profissionais de advocacia.

O objetivo deste trabalho é analisar este instituto frente aos ditames constitucionais e a sobreposição dos direitos da coletividade aos individuais.

#### A busca pessoal por suspeita de prática de crime

O Estado Democrático de Direito constitui a República Federativa do Brasil, apresentando como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana. Isso significa que nas atividades estatais a pessoa humana não pode ser tratada como coisa, como um meio para atingir um objetivo. Destarte, para limitar o poder do Estado, a Constituição estabelece em seu art. 5º, direitos e garantias individuais, sendo relevante para o assunto em pauta, o seu inciso X, ao preceituar que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (SILVA JÚNIOR, 2005).

Entretanto, diante do aumento da violência, o Poder Público, em incessante vigília e diligência para coibir o uso ilegal de armas, narcóticos e outros objetos de delito, vale-se do instituto da busca pessoal, como medida de privilegiar a segurança da sociedade, através da restrição dos direitos individuais de cada cidadão. Sob essa ótica, o Estado considera que o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Assim, não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito, é, por consequência, simplesmente relativo (CARNEIRO, 2003).

Pessoal é o que se refere ou pertence à pessoa humana. A busca pessoal dá-se com o contato direto ao corpo humano ou a pertences íntimos ou exclusivos do indivíduo, como bolsa, carro, pasta, mala, etc.. Por vezes, perante a sociedade e a comunidade jurídica, ocorre a discussão no sentido de que a constância dessa modalidade de busca, estaria em choque com o princípio da presunção de inocência, consagrado pelo art. 5º, LVII da CF/88, e ainda, feriria a liberdade de locomoção no território nacional, garantida pelo art. 5º, XV da CF/88, quando realizada em “blitz” nas saídas dos perímetros urbanos e rodovias (NUCCI, 2008, p. 517).

Não obstante as calorosas discussões, toda restrição aos direitos estabelecidos pela Carta Magna deve estar estabelecido em lei, como nesse caso em comento, sob pena de ter-se um ato arbitrário ou abusivo da autoridade administrativa, em nome do seu poder de polícia, que nada mais é do que a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado (CARNEIRO, 2003).

Nesse sentido, a busca pessoal é legalmente autorizada pelo Código de Processo Penal, em seu art. 240, § 2º, que prevê a sua efetivação “quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos”. Essa busca é desenvolvida por agentes do Estado designados para o cumprimento de ordem judicial, ou investidos de necessária autoridade policial. Possui, portanto, natureza processual, enquanto meio de obtenção da prova, frente à constatação da prática criminosa, para atender ao interesse do processo; e tem natureza preventiva quando realizada por iniciativa policial na atividade de preservação da ordem pública, como ato de polícia, antes da efetiva verificação da ocorrência do crime, que, não obstante, pode ensejar consequências no âmbito do processo penal (NASSARO, 2007).

Nessa modalidade de busca, a inviolabilidade pessoal não é absoluta, uma vez que, pacífica é a premissa da dispensa do mandado judicial (art. 244 CPP) em determinadas situações diante da urgência que a circunstância requer. O cerne da busca pessoal consiste na fundada suspeita de que a pessoa oculte consigo coisa obtida por meio criminoso ou de porte proibido ou de interesse probatório. A sua realização, ao contrário das outras situações claramente definidas no artigo supramencionado, baseia-se na experiência profissional, no exercício do poder discricionário, por uma capacidade de percepção adquirida durante o desenvolvimento constante da atividade policial, que possibilita a identificação de condutas suspeitas e situações que justificam a abordagem e a revista (NASSARO, 2007).

Há posicionamento no sentido de que a busca pessoal deve ser desenvolvida como meio de prova, ou seja, como medida acautelatória destinada a evitar o perecimento das coisas, e não como atividade preventiva de delito confiada na experiência do policial. A decisão do STF é paradigmática (SILVA JÚNIOR, 2005):

A fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um blusão suscetível de esconder uma arma, sob o risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, no HC nº 81.305-4 / GO).

Por conseguinte, dentro de um Estado Democrático de Direito, de base constitucional, limitado e regulamentado pelo respeito aos direitos fundamentais, o poder punitivo somente poderá existir se respeitadas as garantias individuais dos cidadãos. Dessa forma, qualquer que seja o meio empregado para a realização da busca pessoal, haverá restrição de direitos individuais, em nível variável conforme as circunstâncias em que é desenvolvida, impondo-se como dever público, por outro lado, o respeito à dignidade do ser humano. Portanto, a busca pessoal deverá sempre ser orientada pela análise da estrita necessidade do seu emprego, pela proporcionalidade exigida na relação entre a limitação do direito individual e o esforço estatal para a realização do bem comum e, finalmente, pela eficácia da medida, que deve ser adequada para impedir prejuízo ao interesse público (CARNEIRO, 2003; NASSARO, 2007).

#### A abordagem policial de cidadãos em vias públicas

A abordagem policial é um processo ordenado para aproximar-se de pessoas ou veículos com a finalidade de verificá-los, através de técnicas e meios apropriados. É realizada pela “polícia”, ou seja, o órgão oficial estruturado em organização própria que tem a incumbência e desiderato legal de utilizar e fazer uso da força, com o fito de restabelecer, e/ou, preservar a ordem e o interesse públicos. Representa, ademais, a exteriorização, ou, expressão da coerção estatal comedida, ou seja, é marcada pelo uso da força com critérios técnicos, através da investidura do poder de polícia, cujas principais características são a discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade (FREITAS, 2005, online).

Consoante o supra-relatado no tópico anterior, a revista pessoal, sob a ótica jurídica, com observância de determinados requisitos, é indiscutivelmente legal, pois fundamentada em lei. Entretanto, no que concerne ao entendimento do leigo, o “baculejo” representa sempre um constrangimento à sua integridade física e moral, considerando o despreparo da polícia e suas conclusões precipitadas de que todos são bandidos até que se prove o contrário (SILVA JÚNIOR, 2005).

Resta provado que em determinadas circunstâncias, a busca pessoal é legal. Contudo, a ilegalidade da revista pessoal sustenta-se em atividade estatal preventiva de delito, cuja realização prende-se na busca pessoal de maneira genérica, ou seja, sem a fundada suspeita. Na verdade, o policial, baseando-se em sua experiência profissional, dá-se o direito de abordar aquele cidadão, que está em local público, trajando blusão, bermuda e chinelo, simplesmente porque representa, socialmente, o estereótipo de “mala”.

O dever do policial, por força de sua profissão, é conhecer e dominar a legislação pertinente que trata dos aspectos mais comuns e cotidianos pelos quais pode-se deparar como profissional de segurança pública. Diante às ações falsamente preventivas, por estes realizadas, nota-se franco desrespeito à norma constitucional, no que tange à expressa vedação a qualquer tipo de discriminação.

É necessário que o agente policial tenha noção de que o instituto da busca pessoal deve ser utilizado em caráter de exceção, no que concerne à viabilização da obtenção de provas relevantes para a persecução penal, representativa do interesse público, dispensando deferência ao princípio da dignidade humana, garantido a todos, indistintamente.

Nesse sentido, a jurisprudência inclina o seu entendimento:

A busca é autorizada nos casos previstos no art. 240 e ss. do CPP, como exceção às garantias normais de liberdade individual. Mas, como exceção, para que não degenere a medida, sem dúvida violenta, em abusivo constrangimento, a lei estabelece normas para a sua execução, normas que devem ser executadas com muito critério e circunspeção pela autoridade (TJSP – AP – Rel.

Dalmo Nogueira – RT 439/360).

Ocorre que a compreensão da teoria não converge para ações estatais ideais. Na prática, observa-se que os policiais utilizam do seu poder de polícia e de critérios meramente subjetivos para cercear direitos de cidadãos. Os mais afetados são os jovens de origem humilde, pele escura e excluídos pela sociedade. Esse grupo suporta, irremediavelmente, as operações desastradas, através das quais a polícia, usando de violência, abandonando a técnica apropriada e contrariando as disposições legais, realiza abordagens agressivas, sem qualquer “pudor”, ofendendo os direitos e garantias fundamentais, e conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito.

Infere-se, portanto, que a revista pessoal, apesar de estar delineada pela lei, sempre foi meio de abusos e arbitrariedades, que impingem aos cidadãos constrangimento insuportável, frente à concepção subjetiva de que são “suspeitos” (FREITAS, 2005, online).

É fato que a perfeição sempre será utópica. Para atingi-la, o Estado necessitaria de agentes que não fossem humanos, ou seja, sábios infalíveis que no caso concreto conseguissem agir sempre com justiça. Isso é impossível. Ademais, nota-se que o estágio jurídico do Brasil, que assegura valores individuais, apresenta-se apenas no texto da lei, mostrando-se incompatível com a realidade vivenciada (SILVA JÚNIOR, 2005).

Destarte, qualquer intervenção, abordagem, ou, operação policial, efetivada ao arrepio de direitos e garantias fundamentais do cidadão, ou, colidente com a licitude e legalidade de meios de produção de provas, deve ser considerada inconstitucional e ilegal, para não dizer-se ilícita, mormente, se realizada mediante critérios meramente subjetivos, fundados em acepções preconceituosas, que impedem a efetivação e verdadeira utilização do instituto em pauta (NASSARO, 2007).

#### A busca e a apreensão domiciliar

Equipara-se o domicílio à casa ou à habitação, isto é, ao local onde a pessoa vive, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. Serve, ainda, para os cômodos de um prédio, abrangendo o quintal, bem como envolve o quarto de hotel, regularmente ocupado, o escritório do advogado ou outro profissional, o consultório médico, o quarto de pensão, entre outros lugares fechados destinados à morada de alguém (NUCCI, 2008, p. 516).

A inviolabilidade do domicílio ampara-se no art. 5º, XI da CF/ 88:

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

Contudo, por tratar-se de ação que inevitavelmente impõe restrição de direitos individuais, a busca somente deve ser concretizada, em caráter de exceção, obedecendo às condições estabelecidas na lei processual, de modo a promover um equilíbrio com os direitos e garantias constitucionais (NASSARO, 2007).

A busca domiciliar é a procura de alguém ou de alguma coisa, que se faz no domicílio alheio, em casa de alguém. Não consoante, infere-se do próprio texto constitucional que a entrada em casa alheia não é possível, quer durante a noite, quer durante o dia, salvante casos especialíssimos. Dessa forma, é permitida a entrada à noite se o morador concordar, no caso de desastre, para prestar socorro ou no caso de flagrante delito (TOURINHO FILHO, 2006, p. 573).

A não ser nesses casos, conforme o art. 245 do CPP:

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

Em regra, as buscas domiciliares realizar-se-ão durante o dia, nunca à noite. O conceito de “noite” é discutido na doutrina,

entendendo alguns doutrinadores que é o mesmo do direito penal, ou seja, o período de obscuridade solar, de crepúsculo a crepúsculo. Refere-se, porém a critério vago, em se tratando de medida excepcional de lesão ao direito individual, razão pela qual é mais conveniente aceitar-se a posição dos que sustentam que o período noite, com fundamento, por analogia, no art. 172 do CPC, é o que se estende das 18 às 6 horas (MIRABETE, 2007, p. 321).

Se o morador admitir que a polícia ingresse em seu domicílio durante a noite, para realizar qualquer tipo de busca, deve consentir expressamente. Configura o abuso de autoridade caso a concordância seja extraída mediante ameaça ou qualquer tipo de logro (NUCCI, 2008, p.529).

Crítérios objetivos definem a busca domiciliar, cuja finalidade é prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso; apreender instrumentos de falsificação ou contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munição, instrumentos utilizados na prática do crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou defesa do réu; apreender 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, apreender pessoas vítimas de crime; colher qualquer elemento de convicção (TOURINHO FILHO, 2006, p. 574).

A busca domiciliar é diligência que pode ser realizada pessoalmente pela autoridade policial ou judiciária ou mediante a exibição de mandado expedido por esta quando realizada por seus agentes, conforme o art. 241 do CPP. Entretanto, este artigo foi parcialmente revogado, através da retirada do mandado de busca domiciliar do rol das atribuições da autoridade policial, impondo a indeclinável necessidade de ordem judicial, se esta desejar empreender a busca, mesmo que pessoalmente (MIRABETE, 2007, p. 321).

A razão para essa restrição às atividades dos policiais funda-se na premissa de que ocorriam muitos abusos, frente à inobservância de preceitos legais nas buscas realizadas de ofício ou por ordem direta de autoridade policial. Na atual sistemática, somente o juiz é competente para expedir o mandado de busca domiciliar. Nesse procedimento, o judiciário praticamente defere o pedido formulado pela autoridade policial, mesmo porque, é intuitivo que o juiz desconhece por questões óbvias as peculiaridades do fato ensejador da medida para poder avaliar a sua oportunidade e conveniência. Assim sendo, no mais das vezes o mandado é expedido na confiança profissional estabelecida entre o Delegado de Polícia (titular das investigações) e o magistrado, comunicando-se este sobre o resultado da diligência. Aliás, não poderia ser diferente tendo em vista tratar-se de autoridades públicas que exercem atividades convergentes que visam ao bem-estar social (CORTIZO SOBRINHO, 2006).

A questão fundamental assenta-se no fato de que a instituição dessa burocracia, em nome da garantia da inviolabilidade domiciliar, representa realmente uma forma de proteger o cidadão contra abusos ou significa um retrocesso legislativo constitucional, com a finalidade de dificultar e inviabilizar o trabalho de um ente público que presta indispensável contribuição à justiça criminal. O fato é que o cidadão não tem para quem reclamar; e o juiz, em regra, recepciona a iniciativa da autoridade policial, que tem a competência de fato, ordenando a expedição do mandado. Na realidade, o processo burocrático serve para procrastinar os atos da persecução penal.

Abandonando essa discussão, legalmente, a polícia necessita do mandado, cujos requisitos são: indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; mencionar o motivo e os fins da diligência; ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. Esse conteúdo é prova de que não há mandado de busca genérico, ou seja, sem especificação do que exatamente deverá a polícia procurar e, eventualmente, apreender (NUCCI, 2008, p.526).

Insta observar que a realização da busca domiciliar não fica à vontade da autoridade, seja ela policial, seja judiciária. Esta somente é permitida “quando fundadas razões a autorizarem” (art. 240, § 1º). Como se trata de uma medida de exceção, constrangedora, que fere a liberdade individual, deve ser empregada com cautela e moderação, ou seja, quando se fundarem em suspeitas sérias de que a pessoa ou coisa procurada se encontra na casa em que a busca deve ser feita e na necessidade indiscutível da medida, caso contrário, não se procederá a diligência (MIRABETE, 2007, p. 321).

Nota-se, portanto, que mais uma vez o direito individual, neste caso, o da inviolabilidade do domicílio, cede lugar ao bem-estar da coletividade, implicando à satisfação do interesse público. Neste sentido, o Princípio Constitucional da Proporcionalidade, ou, da Razoabilidade, sobrepõe, via de regra, valorativamente, os direitos fundamentais da pessoa humana, sobre o interesse da Sociedade na repressão ao crime. Somente, excepcionalmente, poder-se-ia admitir a incidência deste Princípio pro societate, e em sacrifício a direitos e garantias fundamentais do indivíduo. No atual sistema constitucional nacional não há direitos e garantias absolutos, mesmo que considerados em grau e patamar fundamentais, eis que, excepcionalmente, o interesse público e os Princípios Processuais (Verdade Real) podem submetê-los à supressão (NASSARO, 2007).

#### A busca e apreensão no direito comparado

O Direito Comparado é definido como o ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos, de diferentes Estados, propiciando assim, estudos de sociologia do direito (GODOY, 2007).

A inter-relação entre ordenamentos jurídicos permite que se trabalhe com maior qualidade o Direito interno, uma vez que, ao analisar problemas e soluções de outros direitos, estes podem atuar como norteadores para os conflitos do próprio direito nacional. Dessa forma, o estudo comparado é útil para o conhecimento e aperfeiçoamento da aplicação das normas internas de um país (GODOY, 2007).

Precipuamente, ao trabalhar com o direito comparado, nos ditames da globalização, obrigatoriamente deve-se fazer referência a divisão do direito mundial em três grandes famílias. Em primeiro momento foi consolidado o Direito romano-germânico, que evoluiu principalmente pela influência da França, Alemanha e Itália. Em seguida, o denominado Direito Inglês, “Common Law”, que ganhou maior impulso nos Estados Unidos. E por fim, o Direito dos países socialistas que iniciou na extinta União Soviética (MARQUES, 2000).

As três famílias de direito, citadas acima, constituem as diretrizes basilares da ciência jurídica mundial do direito comparado. Hoje os países em que o direito já está mais lapidado são os Estados Unidos, Alemanha, França Inglaterra e Itália, portanto, são os referenciais para estudos comparativos (MARQUES, 2000).

Ao adentrar o universo do direito comparado, uma análise de extrema relevância a ser efetuada é a comparação entre o direito brasileiro e o direito norte-americano, no que tange aos contornos constitucionais do tema em questão, uma vez que, muito se têm no sistema brasileiro resultante da influência norte-americana, mesmo ambos, em essência jurídica, sendo totalmente divergentes.

O Brasil, devido a sua colonização portuguesa, pertence à família romano-germânica, ou seja, adepta à norma, editada pelo poder Legislativo, como principal fonte do Direito. Já os Estados Unidos, antiga colônia inglesa, pertence à família da “Common Law” em que a jurisprudência é a principal fonte do Direito (MARQUES, 2000).

A influência norte-americana no sistema brasileiro imbricou a norma com a jurisprudência, resultando a adoção da lei, a nível constitucional, como a principal fonte do Direito, e a jurisprudência como uma forma interpretativa da norma procurando corrigir-lhe as falhas, atendendo de forma mais concisa aos anseios da sociedade (MARQUES, 2000).

No que tange a abordagem constitucional da busca e apreensão, o estudo comparado deste instituto está intimamente vinculado a necessidade de se estabelecer a limitação do poder do Estado em face do direito de privacidade do cidadão.

Independente da sociedade criadora do direito, desde os primórdios o homem busca preservar sua intimidade, e a busca e possível apreensão vêm sendo um entrave a este objetivo humano. As Cortes norte-americanas têm, indiscutivelmente, liderado e inspirado os Tribunais dos demais países, com as suas doutrinas liberais e progressistas, visando a proteção de um objetivo que se tornou um direito constitucionalmente amparado (PAIXÃO, 2002).

O cuidado demonstrado pelos Tribunais norte-americanos, ao regulamentar a realização da busca e da apreensão e estabelecer limites ao poder de polícia do Estado, manifesta o respeito aos direitos individuais e aos princípios do Estado Democrático de

Direito (PAIXÃO, 2002).

Na realidade o primeiro ordenamento jurídico moderno, a constitucionalizar o direito a privacidade e o instituto da busca e apreensão, foi o norte-americano, na quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

A IV Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (1787):

“IV EMENDA - O direito das pessoas, de estarem protegidas em si mesmas, nas suas casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado será expedido, senão sob causa provável, apoiada por um compromisso formal, e descrevendo detalhadamente o local a ser objeto da busca, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.”

O direito norte-americano traz a denominada doutrina “plain view doctrine” - primeira vista, amparando o direito individual do cidadão, determina que a regra é para todo tipo de busca ter o mandado, salvo nos casos em que um policial encontra-se, legalmente, em uma posição da qual ele pode ver um objeto, e o caráter incriminador de tal objeto é imediatamente aparente. Tal entendimento se baseia em dois pontos: estando o objeto exposto, não há busca, no sentido técnico e legal do termo; em tal situação, inexistente expectativa legítima de privacidade (PAIXÃO, 2002).

Em síntese, de um lado está o Direito norte-americano que objetivando um parâmetro de igualdade, aplica status constitucionais, tanto ao instituto da busca e apreensão quanto ao direito de privacidade, visando respeito ao cidadão como indivíduo. De outro, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, como já mencionado em tópicos anteriores, somente o direito de privacidade e de inviolabilidade de domicílio, ganhou status constitucional, ficando o instituto de busca e apreensão a cargo de legislação complementar o que resultou em uma alternância hierárquica de normas e prevalência do direito coletivo sobre o sacrifício do direito individual (PAIXÃO, 2002; TOURINHO FILHO, 2007).

Assim, com a grande influência mundial dos Estados Unidos da América, espera-se que seu esquema jurídico avançado vá se infiltrando nas estruturas jurídicas dos países, como o Brasil, em que detém influência para que sacrilégios como a inversão hierárquica de normas seja contida e se cumpra o objetivo do estudo do direito comparado, que nada mais é que o melhoramento de cada ordenamento jurídico (MARQUES, 2000).

A busca e apreensão determinadas por Comissões Parlamentares de Inquérito

As Comissões Parlamentares de Inquérito são organismos constituídos pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de 1/3 de seus membros, cujo objetivo é apurar um fato determinado. São formadas por prazo certo e suas conclusões resultam em encaminhamento para o Ministério Público, se for o caso em que se tenha que promover a responsabilidade civil ou criminal ao investigado. Em nenhum caso será permitido que as próprias comissões apliquem penalidades, pois não possuem poderes judiciais absolutos (MORAIS, 2007; LENZA, 2009).

Os poderes concedidos pela Carta Magna para as CPIs estão expressos em seu artigo 58, §3o, e são os investigatórios próprios das autoridades policiais. Analisando literalmente este artigo, cria-se uma falsa idéia de que todos os poderes inerentes à autoridade judicial seriam, por equiparação, aplicados às comissões. Vislumbra-se a impressão que, as mesmas medidas investigatórias de alçada do juiz de direito poderiam ser auferidas pelas comissões (GOMES, 2008).

Malgrado o constituinte originário tenha conferido esta espécie de poderes as CPIs, tais poderes não são absolutos, como mencionados anteriormente, e devem respeitar o postulado da reserva constitucional da jurisdição, ou seja, tudo aquilo que a Lei Maior reservou de forma expressa para ser atribuído pelo poder judiciário deve por ele somente ser efetuado (LENZA, 2009).

Outrossim, recorrendo à luz da jurisprudência da Suprema Corte, o Ministro Celso de Melo traz esse posicionamento da seguinte forma:

O postulado da reserva constitucional da jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se aja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios' das autoridades judiciais (RTJ 140/514).

Ainda doravante, ratificando o postulado da reserva constitucional da jurisdição, têm-se as disposições constitucionais a seguir que demonstram casos em que alguns direitos e garantias fundamentais só estão sujeitos a violação por ordem judicial:

Artigo 5o, XI, da Constituição Federal: A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial.

Art. 5o, LXI, da CF: Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...

Diante a análise deste postulado é evidente a impropriedade da instituição da busca e apreensão pelas comissões em face da exposição genérica de seus poderes, embarcados pela constituição.

Dessa forma, estão as CPIs impossibilitadas de realizarem a expedição de mandados de busca e se for o caso de apreensão para efetivar investigações criminais. O que não impossibilita a utilização de outros meios investigatórios como, por exemplo, a quebra de sigilo fiscal ou bancário, pois não fazem parte do rol de reserva das atividades do poder judiciário (LENZA, 2009).

Em uma análise de maior robustez, uma vez que, ao serem praticados, pelas CPIs, atos de investigação judicial que estejam atribuídos exclusivamente ao Poder Judiciário, como o instituto da busca e apreensão, ocorrerá uma lesão a um preceito fundamental constitucional e mais uma vez a relativização dos direitos individuais, como entendimento da doutrina majoritária em especial recorrendo-se mais uma vez ao estudo do direito comparado:

A doutrina nacional e estrangeira é praticamente unânime em cancelar o descabimento de busca e apreensão realizada diretamente por Comissão Parlamentar de Inquérito, sem a intermediação do Judiciário. Além das referências já feitas ao direito italiano, espanhol, e português, também na Alemanha se firmou essa linha de entendimento (BARROSO, 2006).

Portanto, não seria justo para o cidadão ter seus direitos além de já relativizados pela atuação do poder judiciário, por exemplo, no caso da busca pessoal, também serem relativizados pela atuação do poder legislativo. Caso isso ocorresse, resultaria na relativização dos direitos constitucionais do cidadão, de um preceito fundamental, enfim, ocorreria a relativização da própria Constituição.

A Busca e apreensão nos escritórios de advocacias: Advogados burlando as leis ou autoridades burlando a Constituição?

A busca e apreensão, realizada em escritórios de advocacias, caracterizam mais um desregramento da conduta adotada pelas autoridades judiciárias e policiais brasileiras. Partindo da premissa de que o advogado ocupa um papel importante na defesa de direitos individuais e coletivos, visando assegurar a defesa de direitos frente ao Estado, tal instituto vem burlando preceitos constitucionais e éticos dos profissionais da advocacia (GOMES, 2005).

A partir do momento que o Estado adota essa forma de fazer justiça, um lastro de grande insegurança jurídica passa a ser instaurado, pois o advogado deixa de ser o profissional investido de confiança de seu cliente e passa a ser um álibi de fácil acesso para o Estado promover a persecução penal (GOMES, 2005).

Do ponto de vista constitucional, a busca e apreensão, em sentido amplo, já se caracteriza como uma forma de violação aos direitos individuais. No que tange à busca e apreensão dos escritórios de advocacia não poderia ser diferente, pois além de burla-

rem os direitos individuais já citados acima, ainda afrontam a manifestação do direito de defesa de terceiro, e a própria disposição constitucional que estabelece a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, sendo, portanto, inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (FLORENCIO, 2005).

Ainda, são violados o direito à intimidade e à vida privada, expostos no art. 5o, X da CF, tendo em vista que, as autoridades policiais ao efetuarem a busca, deixando de observar este preceito constitucional, apreendem documentos de outros clientes que não tem relação nenhuma com o fato investigado, ou documentos do próprio advogado. E o grande ditame desta questão é que qualquer cidadão comum ficará receoso ao precisar dos serviços de um advogado, por poder ter sua intimidade violada sem um motivo legal para tanto (FLORENCIO, 2005).

Já no aspecto ético, a busca e apreensão fere o sigilo profissional do advogado, que deriva da relação cliente- advogado cujo amparo está no art. 5o, XIV da CF. Como ressalva o ex- ministro da justiça, José Carlos Dias “O resguardo do sigilo da advocacia não está sendo protegido por privilégio corporativo, mas ao cidadão que confia no advogado como confia no médico que registra suas moléstias e fraquezas, no confessor que acolhe o confidente”. Ainda, ratifica Régis de Oliveira:

Aquele que vem ao advogado deve poder sentir segurança nas informações que lhe passa; deve ter a garantia de que seu segredo não será revelado. Tanto quanto o padre ou o pastor e outras autoridades religiosas é obrigado, por seus votos, a guardar segredo da confissão, o advogado não pode trair ou ver traída a confiança que lhe foi dada. Os dados que a ele foram conferidos constituem o sigilo profissional do advogado e este é indevassável por quem quer que seja. O Estado-Leviatã, não tem escopo em nossos dias (TORON, 2008).

Embora esta modalidade de busca e apreensão esteja fundada em inconstitucionalidades, é de clareza solar que tal medida vem sendo utilizada com fulcro no artigo 243, §2o do Código de Processo Penal: “Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito” (TOURINHO FILHO, 2007).

Embasado no artigo supracitado a possibilidade da busca e apreensão, em escritórios de advocacia desdobra, caso o advogado esteja na posse do corpo de delito ou se o próprio advogado for suspeito da prática de algum crime. Nesse aspecto os Tribunais Regionais Federais têm consignado a legalidade do procedimento (GOMES, 2005).

Diante a situação em que os Tribunais vêm reconhecendo a possibilidade da busca e apreensão nos escritórios, deve observar as prerrogativas de inviolabilidade do profissional da advocacia e o sigilo profissional, constitucionalmente garantidos. Além disso, é necessário que tal medida só ocorra nas duas hipóteses mencionadas acima, pois afora estas qualquer outro motivo culmina em ilegalidade.

Porém, clarividente está que os profissionais do direito não deixarão de lutar por seus interesses constitucionais, buscando assegurar-se de que a sociedade possa, realmente, valer-se de suas garantias constitucionais provenientes de um Estado Democrático de Direito.

## Conclusão

A figura jurídica busca e apreensão, mesmo apresentando-se em caráter de exceção, é mais um instituto que aclama por uma disposição constitucional explícita que até então, está omissa. Diante a análise detalhada do tema perceptível está que ocorre uma inversão hierárquica entre a Lei Maior, dispondo de forma clara um direito individual, e a legislação infraconstitucional processual penal, dispondo o zelo pelo direito coletivo.

O que ocorre é que o poder constituinte não separou direitos de garantias e ainda mais, deixou os direitos coletivos sobrevivendo, nos 77 incisos do art. 5o, de forma esparsa pelo texto da lei fundamental. Isso gerou garantias com disposições meramente declaratórias, e direitos com disposições assecuratórias, uma verdadeira inversão de funções (LIMA, 2007).

Assim, toda a balbúrdia que ocorre, propiciando a relativização dos direitos individuais em relação à sobreposição dos direitos coletivos, está, intimamente, relacionada com a falta de harmonização no ordenamento jurídico seja pelo choque entre as disposições legais dentro da própria constituição ou entre normas hierarquicamente diferentes.

Afinal, como pode a privacidade e a intimidade serem consideradas invioláveis pela constituição, e limitadas por lei infra-constitucional, qual seja, o Código de Processo Penal ao normatizar a busca e apreensão. Ademais, a constituição traz o postulado da reserva constitucional da jurisdição, mas aí atribui às Comissões Parlamentares de Inquéritos poderes judiciais e pronto.

O despautério acerca da busca e apreensão, é uma gota dentro de um oceano de institutos que agridem disposições constitucionais. A grande problemática é, quando o cidadão vai saber que as disposições constitucionais relativas aos seus direitos individuais vão estar em uso pra valer ou vão ser suprimidos pelo direito coletivo que estão esparsos na Carta Magna, mas prevalecerão decorrente a normas menores.

Enfim, assegurar a convivência da sociedade, através da preservação dos direitos coletivos, nas mais diversas relações jurídicas é o objetivo nuclear de todos os operadores do direito, porém, não deve ser feita às custas de meios inconstitucionais e ilegais em relação aos direitos individuais.

#### **Abstract:**

The Office of Search and Seizure, seen in art. 240 ff of the CPP, is due to be held in order to search for something or someone to seize it. Has applicability as evidence, preventive and coercive in nature, embodied in the hold of elements investigation or related objects or people with the culprit and the victim, or even to the criminal practice that has left traces. Thus, it is prepared in the CPP in two ways: personal and home, presenting obstacles to the individual rights guaranteed in the constitution. Representing a measure of exception, must be carried out essential, as the law dictates, for example, the paradigms of its applicability in the Parliamentary Committees of Inquiry (PCIs) and the possibility of their achievement in professional offices of lawyers.

#### **Key Words:**

Search and Seizure, Personal, Home, Individual Rights and Constitution.

#### **Referências Bibliográficas**

CARNEIRO, Tibério Lima. Busca pessoal: características da medida . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 129, 12 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4461>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. Busca domiciliar e o injustificável controle preventivo **judicial**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1086, 22 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8554>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

FLORENCIO, Heidi Rosa. Busca e Apreensão em Escritórios de Advocacia- Considerações sobre os aspectos práticos e teóricos. **WWW.Direitos Fundamentais.Com.Br**. São Paulo, 2006. Disponível em:<[http://www.direitosfundamentais.com.br/html/colaborador\\_escritorios.asp](http://www.direitosfundamentais.com.br/html/colaborador_escritorios.asp)> Acesso em: 25 mar.2009.

FREITAS, Theodósio Ferreira de. O Ministério Público e o controle externo das atividades policiais: uma abordagem jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 827, 8 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7392>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Notas introdutórias ao direito comparado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10824>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

GOMES, Rodrigo Carneiro. “Invasões” de escritório de advocacia. Requisitos dos mandados de busca e apreensão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 754, 28 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7080>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

GOMES, Thiago. A inconstitucionalidade da busca e apreensão determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). **Artigos.com**. São Paulo, 04 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/a-inconstitucionalidade-da-busca-e-apreensao-determinada-por-comissao-parlamentar-de-inquerito-\(cpi\)-3306/artigo/](http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/a-inconstitucionalidade-da-busca-e-apreensao-determinada-por-comissao-parlamentar-de-inquerito-(cpi)-3306/artigo/)> Acesso em: 24 mar. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva 2009.

LIMA, Máriton Silva. Direitos humanos, direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1300, 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9416>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

MARQUES, Luiz Guilherme. Direito comparado e jurisprudência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1643>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

MELLO, Celso. STF- Mandado de Segurança: MS23964 DF. **Jus Brasil Jurisprudência**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776895/mandado-de-seguranca-ms-23964-df-stf>>. Acesso em 25 mar.2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas 2007.

NASSARO, Adilson Luís Franco. Aspectos jurídicos da busca pessoal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1322, 13 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9491>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAIXÃO, Ana Clara Victor da. A busca e apreensão no processo penal – Garantias constitucionais não escritas. **Caderno Goiano de Doutrina, 2002**. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010601/2a020.htm>>. Acesso em: 23 mar.2009.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Levar baculejo é legal? Busca pessoal na persecução penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7636>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

TORON, Alberto Zacharias. Busca e apreensão em escritórios de advocacia. **Direito.com.br**. São Paulo, 30 jul. 2008 Disponível em: < <http://www.direito2.com.br/oab/2008/jul/30/artigo-busca-e-apreensao-em-escritorios-de-advocacia>> Acesso em: 25 mar.2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 2003.