

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DO
MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM HORÁRIO
NOTURNO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS
A LUZ DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Marcelo Machado dos Santos

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DO
MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM HORÁRIO
NOTURNO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS
A LUZ DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR**

por

Marcelo Machado dos Santos

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Me. Alberto Barreto Goerch

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DO
MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM HORÁRIO
NOTURNO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS
A LUZ DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR**

elaborada por
Marcelo Machado dos Santos

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Me. Alberto Barreto Goerch
(Presidente/Orientador)

Profª. Me. Civana Silveira Ribeiro
(Universidade da Região da Campanha)

Prof. Me. Mauro Cesar Maggio Stürmer
(Faculdade Metodista de Santa Maria)

Santa Maria, 24 de novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

A palavra “agradecimentos” nos trás à mente um rol imenso de pessoas que direta ou indiretamente estão sempre no auxiliando nas questões da vida. Nomear cada uma delas seria extremamente difícil, haja vista, a possibilidade de cometer-se o disparate de esquecer alguma delas.

No entanto, é importante salientar que o presente trabalho não seria possível sem o apoio incondicional dos meus pais, Adão e Tânia. Agradeço-lhes por cada minuto de atenção dedicada, cada palavra de incentivo proferida e por todas as vezes que abdicaram-se de algo a fim de realizar o meu sonho. Vocês são verdadeiros guerreiros e eu serei eternamente grato por isso.

Além dos meus pais, agradeço a todos os meus familiares que sempre lançaram palavras motivadoras para a realização desse trabalho e durante esses 06 (seis) anos compreenderam a minha ausência.

A minha esposa, amiga e companheira Milvia, que além das inúmeras palavras de incentivo e motivação proferidas, sempre compreendeu e tolerou minhas presenças quase ausentes.

Aos meus amigos, sim amigos, em especial, a Clarissa T. Lovatto Barros e Carolina Severo Nogueira, pois convivemos juntos durante 06 (seis) anos, sorrimos, festamos e até mesmo brigamos juntos por alguma causa, o meu eterno agradecimento. Saibam que levo junto comigo as melhores lembranças dos nossos momentos e já sinto saudades de tudo o que passamos juntos.

O meu mais sincero agradecimento ao Professor Alberto Barreto Goerch, meu orientador, cujo apoio, comprometimento e competência me guiaram na construção deste trabalho.

Por fim, aos membros da banca, Professora Civana Silveira Ribeiro e Professor Mauro Cesar Maggio Stürmer, por terem aceitado de pronto meu convite e pelo prestígio que suas presenças emprestam à monografia.

“Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”

(Ulpiano)

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A (IM)POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM HORÁRIO NOTURNO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS A LUZ DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR

Autor: **Marcelo Machado dos Santos**

Orientador: **Alberto Barreto Goerch**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 1º de dezembro de 2014.

O presente estudo tem como escopo analisar a possibilidade ou não do cumprimento do mandado de busca e apreensão em relação ao tráfico de drogas à luz da inviolabilidade domiciliar e do entendimento jurisprudencial, sob a ótica do direito constitucional e do direito penal. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, à medida que se partiu do que preceitua o art. 5º, XI da carta magna, face à análise de jurisprudência e doutrina, visando-se chegar a uma conclusão ou uma forma de interpretação das normas constitucionais relativas à temática proposta. A Carta Maior visando uma maior proteção do domicílio durante o período noturno, estabeleceu que a casa somente poderá ser penetrada em casos de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Deste modo, verifica-se que o cumprimento do mandado de busca e apreensão somente poderá ser efetuado durante o dia, o que, conseqüentemente, vêm dificultando o combate ao tráfico de drogas por parte das autoridades, visto que, o cumprimento dos referidos mandados judiciais durante o período legal muitas vezes se mostra ineficiente. Em virtude disso, a jurisprudência, em recentes decisões, vem admitindo a possibilidade do cumprimento do mandado de busca e apreensão durante o período noturno sob o argumento de que tal medida não ofende o preceito constitucional, tendo em vista que, além dos direitos fundamentais não nascerem absolutos, o legislador, ao prever a inviolabilidade do domicílio, objetivou proteger o cidadão de bem, e não agasalhar o crime e criminosos sob o manto da escuridão.

Palavras-Chaves: busca e apreensão; tráfico de drogas; flagrante delito; mandado judicial; inviolabilidade do domicílio.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Low School
Federal University of Santa Maria

**THE (IM)POSSIBILITY OF COMPLIANCE WITH THE
WARRANT OF ARREST AND SEARCH AT NIGHT TIME IN
THE FIGHT AGAINST DRUG TRAFFICKING OF LIGHT
HOUSEHOLD INFRINGEMENT**

Author: **Marcelo Machado dos Santos**

Adviser: **Alberto Barreto Goerch**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 1^o, 2014.

This present study has the objective to analyze whether or not the fulfillment of the search warrant and seizure in relation to drug trafficking in the light of home inviolability and legal understanding, from the perspective of constitutional law and criminal law. For this, we used the deductive method of approach, as they came from, which state the art. 5, XI of the Magna Carta, given the case law analysis and doctrine, aiming to reach a conclusion or a form of interpretation of the constitutional provisions regarding the proposed theme. The Carta Maior towards greater protection of the home during the night, set the house may only be penetrated in cases of flagrante delicto or disaster, to give help, or, during the day, by court order. Thus, it appears that the implementation of the search warrant and seizure may be carried out only during the day, which, in turn, have hindered the fight against drug trafficking by the authorities, since compliance with these warrants during the statutory period often proves ineffective. As a result, the courts in recent decisions, has acknowledged the possibility of the fulfillment of search and seizure warrant during the night on the grounds that such action does not violate the constitutional provision, given that, in addition to fundamental rights not born absolute, the legislature, by providing for the inviolability of the home, aimed to protect the law-abiding citizen, and not wrap up the crime and criminals under the cover of darkness.

Key-Words: search and seizure; drug trafficking; flagrante delicto; court order; inviolability of the home.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO	11
1.1 Escorço Histórico.....	11
1.2 Conceito, natureza jurídica e finalidade	17
1.3 Direitos Fundamentais que importam à busca e à apreensão	22
1.3.1 Compreensão do termo casa	22
1.3.2 Intimidade e vida privada.....	26
1.3.3 Integridade física e moral	28
1.4 Dos critérios utilizados pela doutrina para definição do período referente ao dia	29
1.5 Dos executores.....	31
1.5.1 Da exibição e leitura do mandado judicial	33
1.6 Da prova ilícita.....	34
2 DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO TEMA.....	36
2.1 Breve histórico dos limites constitucionais da busca e da apreensão	36
2.2 Do princípio da inviolabilidade domiciliar.....	38
2.3 Do posicionamento doutrinário	39
2.3.1 Hipóteses de restrição a direitos fundamentais	40
2.4 Do tráfico de drogas.....	42
2.4.1 Tráfico de drogas e crime permanente.....	43
2.4.1.1 Primeiros passos na jurisprudência brasileira	45
2.4.1.2 Flagrante delito e a certeza da busca findar positiva	49
2.5 Do posicionamento jurisprudencial a respeito do tema	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como tema a possibilidade ou não do cumprimento do mandado de busca e apreensão em horário noturno no combate ao tráfico de drogas a luz da inviolabilidade domiciliar, princípio elencado no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, sabe-se que a nossa Lei Maior, em seu art. 5º, inciso XI, visando dar uma maior proteção ao lar, estabeleceu que a casa só poderá ser penetrada em casos de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Desta forma, ao verificar a parte final do referido inciso, tem-se que os cumprimentos dos mandados de busca e apreensão, referidos no artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal, somente poderão ser efetuados durante o dia, o que vem a ser um grande problema para as autoridades que visam diminuir o tráfico de drogas, pois é amplamente reconhecido que o “horário de expediente” do referido delito geralmente ocorre no período noturno, tornando neste sentido o cumprimento da medida muitas vezes ineficaz no horário permissivo.

Assim, tanto a jurisprudência como correntes doutrinárias, em contrariedade ao dispositivo da Carta Magna, vem admitindo o cumprimento do mandado de busca e apreensão no período noturno, com o intuito de dar ao mesmo uma maior efetividade.

Deste modo, com o desenvolvimento do presente trabalho, objetiva-se analisar diferentes posicionamentos no que diz respeito a (im)possibilidade do cumprimento do mandado judicial em relação ao tráfico de drogas no período noturno, verificando se há ou não afronta a garantias e direitos fundamentais, especialmente, no que tange a inviolabilidade domiciliar.

Tendo em vista o ineditismo do assunto no âmbito da graduação, a presente monografia pretende, além de contribuir para novas pesquisas científicas que abordarem esta mesma temática, demonstrar dados e questionamentos para uma reflexão social, em virtude da extrema relevância e repercussão geral do tema a ser abordado, visto que o tráfico de entorpecentes além de ser uma mola propulsora para o cometimento de outros crimes, aprisionando a sociedade dentro de suas

próprias casas, é um meio fácil de se obter lucro em detrimento da saúde, da vida e do próprio patrimônio do viciado e sua família.

Salienta-se, ainda, que para proceder ao trabalho, a presente monografia foi dividida em dois capítulos. No primeiro capítulo, o leitor será introduzido à compreensão sobre do que se trata o instituto da busca e apreensão. Com isso, o referido capítulo foi iniciado com pilares de noções básicas a respeito do instituto, onde será demonstrado um breve esboço histórico; conceito, natureza jurídica e finalidade; e demais especificidades que importam à busca e à apreensão.

No segundo capítulo, será apresentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da temática levantada, iniciando-se com um breve histórico dos limites constitucionais da busca e apreensão; perpassando pelo princípio da inviolabilidade domiciliar; do posicionamento doutrinário e as hipóteses de restrição a direitos fundamentais; do tráfico de drogas; e, por fim, do posicionamento jurisprudencial, onde será demonstrado alguns julgados referente à problemática trazida.

A realização deste estudo contará com embasamento doutrinário e majoritariamente jurisprudencial, tendo em vista que serão analisados diferentes entendimentos a respeito do tema. Para tanto será utilizado o método dedutivo, à medida que se partirá do geral, ou seja, o que estipula o art. 5º, XI da carta magna, para o particular: análise de jurisprudência e doutrina para se chegar ou a uma conclusão ou a uma forma de interpretação das normas e princípios, possibilitando-se ou não o cumprimento do mandado de busca e apreensão em relação ao tráfico de drogas no horário noturno.

Por fim, os métodos de procedimentos a serem utilizados na elaboração da pesquisa serão o monográfico e o comparativo.

Primeiramente será utilizado o método monográfico, em virtude de ser necessária a análise de casos que nos remetem ao tema levantado.

O método comparativo, tendo por finalidade verificar similitudes e explicar divergências, será utilizado com base no art. 5º, inciso XI, da Carta Política, no que se refere à inviolabilidade domiciliar, em vista de recentes decisões jurisprudenciais permitindo o ingresso no domicílio alheio, via determinação judicial, em horário noturno. Para tanto, será utilizado como técnica de pesquisa a documentação indireta, através de documentos e bibliografias de forma a apontar as divergências,

quanto à possibilidade, ou não, do cumprimento do mandado de busca e apreensão além do período legal nos casos que envolvem o tráfico ilícito de entorpecentes.

1 DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

1.1 Escorço histórico

Inicialmente, para trazer um pequeno escorço histórico do instituto da busca e apreensão, utilizou-se como base doutrinária excelente obra da autora Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo (2005).

Tem-se como ponto de partida a Lei das XII Tábuas e, embora, inexistem enfoques processuais penais relativos aos institutos da busca e da apreensão, a parte que disciplina o delito de furto, mostrou preocupação em tutelar a casa do indivíduo, contra qualquer tipo de ingresso arbitrário ou infundado. Assim, na Lei das XII Tábuas existia uma forma de se proceder à procura, mas, como trâmite preparatório da ação por furto, onde o próprio particular lesionado realizava a busca, na casa do pretense ofensor com o intuito de encontrar o objeto furtado. Cumpre destacar, que essa busca era feita da seguinte maneira: o particular prejudicado deveria realizar a busca domiciliar nu, protegido apenas por um cinto ou tira de pano (*licium*), para que não houvesse suspeita de que traria ou levasse consigo algum objeto oculto, e carregando em suas mãos um prato (*lanx*), seja com o objetivo de restringir-lhe os movimentos, para que o varejo se fizesse sem dano, ou para colocar-lhe o objeto furtado, caso encontrasse. Contudo, como requisito prévio, se fazia necessário que a vítima determinasse com exatidão o objeto que se pretendia buscar, dando seus sinais e nome, com toda clareza.

Além de tal procedimento ter sido utilizado na época imperial, em tempos posteriores, a busca deveria ser solicitada a um magistrado, que designava um subalterno do tribunal para que acompanha-se o particular lesionado em seus varejos domiciliares.

Claro fica, que desde os tempos mais antigos, a entrada em casa alheia via-se cercada de prudência e acatamento, mesmo que a procura ou busca do objeto furtado se desse por particular ou pelo poder público.

Já no que tange ao Direito Lusitano, nos primeiros tempos da monarquia portuguesa, o processo, além de ser público, oral e formalista, decorria perante uma assembléia formada de vizinhos, presidida pelo senhor, ou seu representante, ou pelo juiz local.

Nas Ordenações do Reino, a proteção da casa não estava, de modo direto, ligada às investigações criminais. Nas Ordenações Filipinas, achava-se a proteção da casa inserida no Livro 5, Título XLV, onde cuidava: “Dos que fazem assuada, ou quebram portas, ou as fecham de noite por fora”; Título LX: “Dos furtos e dos que trazem artificios para abrir portas”; e Título XVI: “Do que dorme com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca”. Por fim, nas Ordenações Afonsinas, encontrava-se tal proteção no Livro 5, Título LXXVI que cuidava “Dos Alquaides que entram nas casas dos bons, mostrando que buscam malfeitores”.

Nas ações penais propostas *com rancura* – aquelas em que o réu era apanhado em flagrante, e o corpo de delito era levado a juízo pelo acusador – de certa forma semelhante como ocorria na Lei das XII Tábuas, a busca e apreensão era feita por mão própria do ofendido. Eram tempos violentos, onde se imperava a vindita e a justiça privada, necessitando serem estabelecidos alguns lugares de *paz* especial – proteção jurídica dada à moradia do vizinho: *paz da casa* (*pax domestica*) – no intuito de coibir a vingança privada. Assim, aflora com vigor nas disposições dos forais e nos costumes registrados nos foros a idéia da inviolabilidade do domicílio.

Críticas eram levantadas em relação ao poder da vítima de adentrar o domicílio alheio, assim, alguns estudos, preocupados com o abuso, fixavam limites a tal poder, prevendo que tais buscas devem fazer-se por autoridade judicial acompanhada por oficiais de justiça, e não só pelos que se dizem roubados; que o juiz, antes de decretar a busca, deve informar-se da qualidade e conduta do requerente, se é consciencioso, ou seja, se realmente tem os bens que diz roubado, se é inimigo do imputado, se existe indícios do furto contra o qual se deseja que a casa seja varejada; que o varejo seja feito somente na casa imputada, e não em todas do bairro (o que configuraria abuso); e os objetos encontrados, que fossem descritos detalhadamente, e se depositassem para posterior identificação. Restaria injuriosa a busca sem estas prévias informações, mas com elas, se tornava admissível o varejo.

Ainda, apenas para efeito de exceção, realizavam-se buscas domiciliares que, desde o século XV, eram feitas para coibir a fraude tributária.

Como visto, permanecia, a título de regra, a inviolabilidade da casa, a ordem judicial, dotada de motivos e limites, era exigida. As exceções apenas emergiam no uso do foro, ou nas leis tributárias.

Perpassando pelo Direito Nacional, mais precisamente na época Imperial, mesmo antes de existir Constituição ou leis ordinárias, o Imperador Dom Pedro I, em fala de seu Trono, disciplinou e fixou restrições para a entrada em casa alheia, prevendo como bases estabelecidas pela razão, os sagrados direitos da segurança individual, da propriedade e da imunidade da casa do cidadão. Contudo, antes de cuidar, em parte, sobre a busca e apreensão, a Lei de 14 de outubro de 1822, incorporada à legislação pátria e, expedida para combinar o respeito devido a casa com a administração da justiça, passou a fixar regras claras para a entrada em casa alheia, estando entre as principais: a proibição da entrada em casa a noite; a exigência da assistência de escrivão, testemunhas e ordem escrita do juiz; excepcionalidade da entrada em caso de flagrante delito e; previsão de punição ao executor que transgredisse a lei.

Com grande relevância política institucional, o Código de Processo Criminal de 1832, inovou ao implantar o municipalismo judiciário. O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, no Título III, do Processo Sumário, Capítulo VII, sob a denominação “Das buscas”, disciplinou a concessão e finalidade do mandado de busca; estabeleceu requisitos para a sua concessão; fixou a atribuição para executá-lo, porém, omitiu quanto à competência para expedi-lo; proibiu a busca durante a noite; estatuiu a forma de execução do mandado, durante o dia, na presença ou ausência do morador; e impôs sanção, em caso de ocultação de coisas e pessoas objetos da busca. Por fim, cumpre salientar que o referido Código não previu a busca de pessoa vítima de crime, como também, não distinguiu a busca pessoal da domiciliar.

Com relação ao instituto da apreensão, o Código de Processo Criminal do Império não o disciplinou em apartado, sendo visto como um objetivo a ser alcançado pela busca.

Em 3 de dezembro de 1841, pela Lei 261, deu-se a primeira reforma do Código de Processo Criminal, onde instituiu-se em capítulo específico para a polícia, a atribuição da função de expedir mandado de busca, bastando para a sua concessão veementes indícios, ou fundada probabilidade.

Posteriormente o Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, dividiu as funções policiais, instituindo a polícia judiciária e, atribuindo-lhe a função de conceder mandado de busca. Assim, poderiam conceder mandados de busca, ou passá-los de ofício os Chefes de Polícia, Delegados, subdelegados e Juizes Municipais. Interessante ressaltar que para a expedição de mandado de ofício bastava “mera suspeita”, enquanto para o pedido, pela parte interessada, eram necessários “fortes indícios”.

Mesmo depois da primeira reforma, o diploma processual do Império deixou lacunas relativas às buscas e preteriu as apreensões, mantendo, portanto, o abuso e arbítrio.

Avisos da Corte procuravam preencher os vazios deixados pelo diploma processual do Império. O Aviso 173, de 7 de outubro de 1854, atribuía, somente, às autoridades policiais a competência para ordenar buscas, e, tão-só, nos casos expressos do Código do Processo. Já o Aviso de 27 de abril de 1888, em virtude das frequentes queixas de abusos nas buscas, determinou a imprescindibilidade para expedição do mandado, além da prova indiciária, alegações fundamentadas, documentos ou depoimento de quem a requereu. Assim, pretendeu-se com os Decretos, Tratados e Avisos evitar o arbítrio, aperfeiçoando o instituto, atribuindo-lhe contornos e regras rígidas.

Adentrando a época Republicana, a primeira Constituição da República delegou aos Estados competência para legislar sobre matéria processual. Contudo, alguns Estados jamais elaboraram seus códigos, limitando-se a observar a legislação imperial, e os que criaram, elaboraram diplomas sem precisão técnica, imiscuindo-se meras disposições de organização judiciária, entre normas processuais.

O Estado do Rio Grande do Sul foi o primeiro a criar seu Código de Processo Penal, Lei 24, de 15 de agosto de 1898. Retirou a busca da parte referente à polícia, inserindo-a no capítulo das provas, abandonando, assim, a estrutura do Código de Processo Criminal do Império. Contudo, não tratou, em separado, da apreensão.

Já o Estado do Amazonas, com seu Código de Processo Penal de 1º de outubro de 1917, sob a Lei 920, foi o primeiro a cuidar, no capítulo das provas, dos institutos, sob a denominação “busca e apreensão”, pois, até então, a apreensão era vista apenas como um objetivo da busca.

O código de Processo Penal do Estado de Sergipe, sob a Lei 753, de 7 de setembro de 1918, dispôs sobre as buscas e apreensões em título distinto dos códigos anteriores. Não houve grandes inovações quanto à busca, entretanto, baralhou os institutos da apreensão e do sequestro ao prever que “os instrumentos do crime e os objetos que constituam prova serão sequestrados, e identificados com a assinatura do executor da diligência, que os descreverá no respectivo auto. Esses objetos serão depositados no lugar que a autoridade designar” (art. 71) e “as coisas achadas, furtadas, tomadas por força ou obtidas por meios fraudulentos, que hajam sido apreendidas, serão entregues a quem provar a propriedade delas” (art. 75). Assim, não se percebendo que a apreensão, muitas vezes, se mostrava como um simples trâmite do sequestro, tal confusão, seguiu-se em vários outros diplomas.

O Estado do Rio Grande do Norte trouxe inovações com a Lei 449, de 30 de novembro de 1918, ao prever que, para se proceder a busca, deve haver indícios veementes ou fundada probabilidade de que alguém detenha, ou de que em um lugar se achem coisas sujeitas à apreensão; especificou os requisitos do mandado de busca; proibiu, expressamente, a busca noturna; permitindo ainda, que além dos objetos que se procurarem, serão apreendidos quaisquer outros que sejam destinados à prática, ou sejam o produto, de algum outro crime. No tocante aos demais quesitos, seguiu as legislações anteriores.

O Código de Processo Penal, do Estado de Alagoas de 1919, trouxe pela primeira vez o conceito de busca, definindo como: a pesquisa, procura, ou varejo feito por ordem escrita da autoridade competente, para os fins declarados na lei; fixou o horário das 6 às 18 horas para a realização das buscas; estabeleceu que as buscas, quando realizadas em repartições ou estabelecimentos públicos, deverá ser precedida de autorização dos respectivos chefes; mantendo, no mais, o disposto nas legislações anteriores. No tocante a apreensão, da mesma forma, manteve tratamento equivocado, ao confundi-la com o sequestro.

O Estado do Paraná, promulgou seu Código de Processo Penal em 23 de fevereiro de 1920, sob a Lei 1916. Tratando a matéria em título distinto – Título IX, “Das Buscas e Apreensões” – permitiu à autoridade proceder, pessoalmente, à busca e à apreensão; admitiu a concessão de mandado para exames de vestígios que, a bem da acusação ou defesa, completam ou esclareçam o corpo do delito; contudo, omitiu quanto às diligências em repartições públicas, não cuidando, também, da apreensão.

Com a finalidade de reunir as Leis e Regulamentos esparsos sobre processo criminal, que resultavam na má aplicação da lei, elaborou-se a Consolidação de Leis do Processo Criminal, do Distrito Federal de 1919. Estabeleceu que as diligências em repartições, subordinadas ao Governo, não prescindiam de autorização do Ministro, que marcava dia e hora. De resto, assemelhou-se aos Códigos de Sergipe e Alagoas.

Conservando a estrutura da Consolidação, o Código de Processo Penal do Distrito Federal de 31 de dezembro de 1924, sob o Decreto 16.751, incluiu a possibilidade do Ministério Público requerer o mandado; autorizou buscas nas estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavolagem, ou outras, em que seja permitido o acesso de qualquer pessoa, enquanto estiverem abertas; porém, assemelhando-se aos Códigos de Alagoas e Sergipe, misturou sequestro e apreensão.

No Estado do Maranhão, à promulgação do Código antecedeu Projeto de Código do Processo Criminal, elaborado em 1917, assemelhando-se ao Código do Distrito Federal. Entrando em vigor em 1º de junho de 1926, o Código regulou a matéria na Parte I – “Dos atos gerais do Processo”, Título II – “Da Busca e Apreensão”, e de forma semelhante à do projeto.

Já o Código de Processo Penal, de Minas Gerais, de 23 de agosto de 1930, sob o Decreto 9.640, estabeleceu as hipóteses de cabimento das buscas; fixou as exigências para a concessão do mandado, como, quem poderia requerer e seus requisitos; proibiu a realização de busca à noite; pontuou a necessidade de identificação dos instrumentos e objetos achados; disciplinou a apreensão, restituição ou inutilização das coisas encontradas; não despontando outras inovações.

Disciplinando-se por meios de Consolidações, os Estados de Mato Grosso e de Pernambuco não elaboraram Códigos de Processo Penal. Assim, a Consolidação do Estado de Mato Grosso, cuidou “Das Buscas” em separado, confundiu, também, à semelhança de Alagoas, Sergipe e Distrito Federal, o sequestro com apreensão, não existindo grandes inovações. Já a Consolidação pernambucana, sob o Decreto 306, de 41 de abril de 1939, cuidou da busca, no Título relativo às provas. Contudo, seguiu a estrutura e forma do Estado de Minas Gerais. De toda sorte, a única referência à apreensão serviu para confundi-la com o sequestro.

No Estado da Bahia, em 1914, criou-se o Projeto de Código do Processo Civil, Comercial, Orfanológico e Criminal, não trazendo quaisquer novidades, quanto ao tema, em relação aos Códigos anteriores. Posteriormente, referido Projeto, converte-se em Lei. Em 4 de setembro de 1936, Resolução 80, decretou a Consolidação das Leis do Processo Civil, Comercial e Criminal, do Estado da Bahia. No que tange ao instituto da busca e apreensão, seguiu-se a semelhança do Projeto.

Não elaborando Código de Processo Penal, o Estado de São Paulo, em seu Projeto cuidou da busca e apreensão no Título V – “Dos Atos Preliminares da Ação Penal”, Capítulo III – “Da Busca e Apreensão”. Regulando a busca, estatuiu a responsabilidade, por excessos ou abusos, dos executores da ordem; exigiu a descrição e fotografia dos instrumentos e objetos apreendidos, determinado-lhes a conservação em Museu Criminal, ou repartição competente; regulou a entrega ou restituição dos bens apreendidos; entre outros.

Contudo, o Estado de São Paulo, por meio do Decreto 1.602, de 30 de abril de 1908, regulamentou a Lei 1.113, de 24 de dezembro de 1907, determinando necessárias providências para a regularidade do serviço crime do Estado. Não houve inovação, mas ressaltou-se a cautela que se teve com o conteúdo do mandado de busca, devendo conter determinados requisitos para ser legal, como: indicação da casa pelo proprietário, inquilino ou morador; descrição da pessoa procurada; ser escrito pelo escrivão e assinado pela autoridade, com ou sem ordem de prisão. Assim, o mandado que não preencher tais requisitos não será exequível e será punido o oficial que com ele proceder a busca.

Por fim, restou demonstrado que a legislação estadual disciplinou a matéria de maneira não uniforme e algumas vezes falha. Salieta-se, porém, que tanto o Código do Estado do Rio Grande do Norte como o Projeto de Código do Estado de São Paulo demonstraram maior preocupação com os institutos cuidando detalhadamente da matéria.

1.2 Conceito, natureza jurídica e finalidade

Os termos busca e apreensão, apesar de compreendidos juntos e, serem utilizados, via de regra, dessa maneira no processo, são termos distintos. A busca, além de ser cronologicamente anterior a apreensão, nada mais é do que o

movimento pelos agentes do Estado para a descoberta de algo que seja de extrema importância para o processo penal, podendo ser realizada tanto em pessoas, conforme dispõe o art. 240, §2º do Código de Processo Penal, como em lugares.

Para Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo, em entendimento sobre o tema, conceitua busca como sendo o:

[...] ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio ou da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração (2005, p.109).

Cabe salientar que, ressalvados os casos de busca realizada pela autoridade policial, tão logo, sabedora do cometimento de uma infração penal (art. 6º, II, do CPP), no direito brasileiro, a busca não surge de forma indeterminada, indeterminável ou até mesmo aleatória, mas se vincula com o que importa para a persecução penal que ensejou a ordem de busca, conforme inteligência do art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

Com relação à apreensão, como no processo penal brasileiro surge indeclinável a exigência de preservarem-se meios de prova e, na medida do possível, mantê-los incólumes para utilizá-los na instrução, é por meio da apreensão que tais provas servirão tanto para demonstrar a verdade material, como dirigir a percepção direta do julgador.

Importante salientar também, que para melhor compreender a autonomia da apreensão, é necessário iniciar por lhe dar o conceito jurídico. Desde logo, pode-se constatar certa proximidade entre o significado jurídico e o etimológico do vocábulo apreensão, isto é, ambos expressam ato ou ação de apossamento.

Desta forma, conceitualmente, o termo apreensão é utilizado quando se toma algo de alguém ou de algum lugar, sendo uma medida assecuratória, com finalidade de produzir provas ou preservar direitos.

No ensinamento de Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo, tem-se apreensão no sentido de ser o:

[...] ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas - objetos, papéis ou documentos -, de semoventes e de pessoas, 'do poder de quem as retém ou detém';

tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo (2005, p.230).

Nota-se, assim, que a apreensão poderá ser coercitiva – quando originada em busca -, ou espontânea – livre exibição, ou apresentação. Contudo, sempre implicando constrição.

Embora existam correntes admitindo que são medidas que caminham juntas, alegando que a finalidade da busca é sempre a apreensão; por outro lado, refere-se Guilherme de Souza Nucci que a busca pode ter resultado diverso da apreensão, como é caso da simples libertação da vítima, onde não há apreensão, mas recolhimento do local para liberdade, ou até mesmo de uma mera tomada de fotografias de algum lugar, havendo utilidade para a prova (2007, p. 491).

Assim, pode-se compreender que a apreensão, ressalvada a hipótese espontânea, nada mais será do que uma conseqüência da busca, no momento em que esta tenha um resultado positivo.

Com relação à natureza jurídica da busca e da apreensão, há dificuldade na doutrina em demonstrar a natureza jurídica de ambos institutos. Tal fato é resultante de dois aspectos: 1ª) unidade legislativa dos institutos; 2ª) dissenso classificatório, ou seja, ora meio de prova, ora instrumento de sua obtenção.

Posto não possuírem a mesma natureza jurídica, não obstante os pontos comuns, desponta, novamente, quanto ao primeiro aspecto, indispensável a separação da busca da apreensão.

Em determinados momentos, a busca pode assumir características de urgência, isto é, em razão do risco de perecimento, subtração, destruição, ocultação entre outros motivos. Diferentemente da apreensão, que na maioria das vezes, efetiva-se com o escopo assecuratório ou probatório.

No que tange ao segundo aspecto, a doutrina processual penal não se preocupou em estudar a cautelaridade processual penal. Optou-se por transpor, com duvidoso bom êxito, conceitos inerentes ao processo civil, não aplicáveis ao processo penal. Como exemplo, tem-se a dificuldade em se identificar o *periculum in mora* nas cautelares reais penais.

Neste lanço, apartando a busca da apreensão, afirma Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo que:

[...] a busca, no processo penal brasileiro, não constitui prova, nem meio para sua obtenção (a busca, por exemplo, para a prisão, custódia e para a intimação); consiste, na verdade, em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado, ou perquirido (2005, p.116).

No que se refere à *medida instrumental*, quis dizer a autora, que se está colocando em relevo seu caráter funcional. Logo, seu conceito nem é genérico, nem estrutural, mas funcional.

Quanto à apreensão, refere à citada autora que:

[...] a apreensão, por seu turno, pode consistir em meio cautelar de obtenção de provas, quando visa a assegurar elementos indispensáveis à comprovação da verdade criminal perquirida. A busca, contudo, não se dirige, tão só, para ela (2005, p.117).

Para a autora, a apreensão, no processo penal, não tem única natureza jurídica, pois sua classificação vincula-se à função que lhe der. Pode, assim, ser cautelar, meio de prova e, ainda, meio de obter prova.

Em entendimento conjunto dos institutos, Fernando Capez dispõe que “para a lei, é meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva; para a doutrina, é medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e pessoas” (2012, p. 401). Já para Guilherme de Souza Nucci:

São medidas de natureza mista. Conforme o caso, a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova, quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio. A apreensão tem os mesmos ângulos. Pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova (2007, p. 491).

Desta forma, como a prova não existe para sempre, ou seja, se ela for pessoal, a pessoa pode vir a falecer; se real, o decurso do tempo pode destruí-la ou alterá-la, tem-se que a medida cautelar de busca e apreensão pode ser considerada tanto como meios assecuratórios ou como meios de prova.

Quanto à finalidade dos institutos estudados até o momento, boa parte da doutrina, a partir da premissa de unidade dos institutos, acabou por misturá-las. Inicialmente, afirmou-se que a finalidade dos institutos era a descoberta e

comprovação dos delitos, a prisão dos criminosos, a investigação dos instrumentos ou vestígios do crime.

Posteriormente, entendeu-se que a busca e a apreensão tinham por escopo assegurar a prova criminal, prender pessoas acusadas de crime ou evadidas e se destinavam a atender ao corpo de delito.

Por fim, e de modo equivocado, havia o entendimento que a finalidade da busca seria sempre a apreensão.

Nas palavras de Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo:

A finalidade da busca, no processo penal brasileiro, é, de modo geral, achar o desejado, ou o descobrimento do pretendido, de pessoa, coisa móvel – objeto, papel ou documento -, semovente, e de outros elementos materiais. Todos ligados, de alguma sorte, à persecução penal, em seus momentos: extrajudicial e judicial (2005, p.118).

Assim, não se procura, somente, prova ou qualquer outro elemento de convicção, destinados a embasar a acusação. Pretende-se, também, ir ao encontro de provas que interessam à defesa. Ou seja, não é, e não pode ser concebida como medida posta a serviço da incriminação, mas, também, à cata do que serve à defesa do acusado.

De outra forma, busca-se, também, no processo penal vigente, para citação real (arts. 351 a 360); intimação (arts. 370 a 372, 390 a 392, 413 a 415, 429); notificação (arts. 394, 421, 514); custódia (arts. 150 e 682, §1º, e art. 183, da LEP); prisão (arts. 282, 289 a 293) e condução coercitiva (arts. 210, parágrafo único, 218, 260, 278 e 455, §1º).

No que diz respeito à finalidade da apreensão, esta surge, indiscutivelmente, distinta da busca. Nesta esteira, trago a baila:

A finalidade da apreensão, portanto, é retirar pessoas e coisas do poder de quem as detêm ou retêm, guardando-as e protegendo-as. A guarda, nesse lanço, volta-se ao intento probatório. Tende a, de modo prevalente, servir à instrução penal (PITOMBO, 2005, p.243).

Importa salientar, o que se pode ou se permite apreender no sistema nacional. O Código de Processo Penal em seu art. 240, letras b, c, d, e, f, nos mostra o que é suscetível de apreensão. Assim, apreendem-se coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas e munições, instrumentos utilizados na

prática de crime ou destinado a fim delituoso; cartas – ressalve-se que o referido dispositivo legal, em parte, não foi recepcionado pela atual Constituição da República Federativa do Brasil, conforme dispõe seu art.5º, XII -, 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 pretensamente delituoso; e, também, pessoas vítimas de crimes. Eis, portanto, a finalidade da apreensão, isto é, tudo que esteja de algum modo relacionado com a *persecutio criminis*.

A apreensão pode, desta forma, recair sobre variadas coisas, já que o rol disposto nas leis é meramente exemplificativo. Contudo, tal diversidade não significa abrir brechas para arbitrariedades, hesitações ou caprichos. Até porque a apreensão encontra alguns limites na lei. Por exemplo, inadmissível aceitar a legalidade da apreensão, quando esta em nada tenha com relação ao perquirido. Assim, exige-se que a apreensão, unicamente, se volte para o relevante, para o significativo, em face da utilidade, necessidade e oportunidade processual, com vista ao admissível na Lei Maior.

1.3 Direitos Fundamentais que importam à busca e à apreensão

A constituição Federal de 1988, indo além da proteção da casa, tutela, também, nos direitos e garantias fundamentais, a intimidade, a vida privada e a integridade física e moral do indivíduo. As referidas normas constitucionais importam, de modo direto, aos institutos, objetos deste estudo, porque elas impõem limites à legalidade da busca e da apreensão no processo penal. Desta forma, é necessário fixar o âmbito de incidência das referidas normas nos institutos em estudo.

Salienta-se, desde já, que na doutrina, há maior preocupação em estabelecer a amplitude da tutela da inviolabilidade do domicílio. Parcos são os estudos sobre a proteção da integridade física e moral do indivíduo e, quase nada há sobre a nova tutela da intimidade.

1.3.1 Compreensão do termo casa

O texto constitucional de 1988, impregnado de valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito, resguardou a inviolabilidade domiciliar em seu art. 5º, XI, ao prever que “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” (BRASIL, 1988). Em vista do referido artigo, cumpre ressaltar que o termo casa utilizado, tem amplitude maior do que no direito privado, não abrangendo somente a residência domiciliar com ânimo definitivo, conforme dispõe o art. 70 do Código Civil. Sendo assim, a legislação pátria e a doutrina utilizam, de modo aleatório, as expressões “casa” e “domicílio”.

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à proteção da “casa”, dispõe como objeto da garantia descrita no art. 5º, XI da CF/88 “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade” (BRASIL, 2000).

Em rubrica lateral, pode se extrair a definição do que vem a ser casa a partir do art. 150, § 4º do Código Penal, onde trata do crime de violação de domicílio.

Dispõe o referido dispositivo que:

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:

[...]

§ 4º. A expressão “casa” compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (BRASIL, 1940).

Logo, conforme a definição jurídico-penal de “casa” enunciada acima, tem-se que: I – qualquer compartimento habitado – como o próprio enunciado sugere, pode-se tirar uma ampla interpretação para conceituar “casa”, ou seja, poderá ser móvel, flutuante, por exemplo, um barco, motor-home, trailer, vagão de metrô abandonado ou até mesmo um abrigo embaixo de ponte ou viaduto, além de abranger, evidentemente, quartos de hotel, pensão etc., não sendo necessário que o compartimento habitado esteja fixo ou afixado em determinado lugar; II – aposento ocupado de habitação coletiva – esta previsão objetiva evitar dúvidas levantadas em relação a determinados compartimentos citados anteriormente. Portanto se refere ao cômodo onde o sujeito mora, em que o local é destinado a moradia de várias

peças, sendo este cômodo a sua casa, o seu lar; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade – refere-se aqui o local onde o sujeito exerce sua profissão, atividade ou negócio, como por exemplo, o escritório de advogado, engenheiro, economista, contabilista etc. (BITENCOURT, 2012, p. 785).

Cumpra ressaltar que, diferentemente do que ocorre, por exemplo, do quarto ocupado com hóspedes, a parte interna da administração ou até mesmo o local onde ocorre os serviços de cozinha, lavanderia, etc., as partes abertas ao público dos referidos compartimentos, seja tanto as salas de recepções quanto de espera, onde as pessoas possam entrar e sair livremente, não estão amparados pela proteção legal, para fins penais.

O Código Penal, preocupado com futuras dúvidas que poderiam surgir da sua abrangente definição de casa, preferiu definir também o que não está amparado por esta definição no seguinte parágrafo:

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:

[...]

§ 5º. Não se compreendem na expressão “casa”:

I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. (BRASIL, 1940).

Ainda, o Código de Processo Penal refere-se à busca domiciliar e regula a procura em compartimento fechado (art. 240 e 246).

Dispõe os citados artigos:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- f) apreender pessoas vítimas de crime;
- h) colher qualquer elemento de convicção. (BRASIL, 1941)

Regulando a busca em compartimento fechado, dispõe o art. 246, do CPP:

Art. 246. Aplica-se também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade. (BRASIL, 1941)

Nesta esteira, colaciona-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa dispõe:

HABEAS CORPUS. INVASÃO DE DOMICÍLIO (ARTIGO 150, §1º, DO CÓDIGO PENAL). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ACEITAÇÃO. PREJUDICIALIDADE DO WRIT. INEXISTÊNCIA.

1. A eventual aceitação da suspensão condicional do processo não prejudica a análise de *habeas corpus* em que se pleiteia o trancamento da ação penal, pois durante todo o período de prova o acusado fica submetido ao cumprimento das condições impostas, cuja inobservância enseja o restabelecimento do curso do processo. Doutrina. Precedentes.

TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INGRESSO E PERMANÊNCIA SEM AUTORIZAÇÃO EM GABINETE DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. ACESSO RESTRITO. AMBIENTE EM QUE O INDIVÍDUO EXERCE SUAS ATIVIDADES LABORAIS. ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE "CASA" PREVISTO NO INCISO III DO § 4º DO ARTIGO 150 DO ESTATUTO REPRESSIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. De acordo com o artigo 150 do Código Penal, comete o delito nele previsto aquele que entra ou permanece, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem direito, em casa alheia ou em suas dependências.

3. Consoante o inciso III do § 4º do tipo penal em comento, a expressão "casa" compreende o "*compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade*".

4. Se o compartimento em que alguém exerce suas atividades profissionais deve ser fechado ao público, depreende-se que faz parte de um prédio ou de uma repartição públicos, ou então que, inserido em ambiente privado, possua uma parte conjugada que seja aberta ao público. Doutrina.

5. Assim, a sala de um servidor público, no caso concreto o gabinete de um Delegado Federal, ainda que situado em um prédio público, está protegida pelo tipo penal em apreço, já que se trata de compartimento cujo acesso é restrito e depende de autorização, constituindo local fechado ao público em que determinado indivíduo exerce suas atividades, nos termos preconizados pelo Código Penal.

6. Ordem denegada.

No pedido de Habeas Corpus ora exposto, a defesa alegou que a invasão de repartição pública não caracterizaria o crime previsto no Art. 150 do Código Penal,

mas seria conduta atípica. Além disso, sustentou que o réu estaria no pleno exercício de seu direito de manifestação perante uma autoridade pública.

Contudo, por decisão unânime, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou o referido habeas corpus por violação de domicílio. Pois, segundo o relator, Ministro Jorge Mussi, o gabinete do delegado também está abrangido no conceito de casa para fins penais, nos termos do art. 150, § 4º, III, do Código Penal.

Salienta o relator:

O bem jurídico tutelado com a norma incriminadora prevista no artigo 150 do Código Penal é a liberdade individual, protegendo-se a intimidade das pessoas quando se encontram em suas casas ou nos seus locais de trabalho, impedindo que terceiros ingressem ou permaneçam em tais ambientes sem autorização. (BRASIL, 2014).

Para Mussi, o entendimento contrário implicaria a ausência de proteção à liberdade individual de todos aqueles que trabalham em prédios públicos.

Ante ao exposto, viu-se que a norma constitucional tem por objeto a proteção não apenas da residência ou habitação do indivíduo, mas todo e qualquer lugar por ele ocupado, seja de caráter definitivo ou provisório. Assim, deve-se entender que a expressão casa, designa todo o lugar que o indivíduo possa ter como refúgio e se agasalhar contra a ingerência de terceiros, ainda que local de trabalho.

No direito processual penal, o conceito de “casa/domicílio”, mostra-se mais difícil de individualizar, pois é no âmbito do direito material que se discute a abrangência do termo. Desta forma, no processo penal, ainda que haja divergência entre a doutrina e jurisprudência, impõe-se uma definição ampla, e de certa forma, elástica, do termo “casa”, até mesmo, em consonância com a compreensão constitucional.

Demonstrado pela doutrina e jurisprudência os devidos conceitos de casa, interessante sublinhar que as abrangentes interpretações que são dadas ao dispositivo penal, acabam atribuindo ao termo um significado quase idêntico com o adotado pelo STF, quando este definiu o objeto da garantia estipulado no art. 5º, XI da Carta Magna.

1.3.2 Intimidade e vida privada

A vigente Constituição da República inovou, ao prever a proteção da intimidade e vida privada (art. 5, inciso X). Pois, todos os indivíduos guardam uma esfera de intimidade inatingível, que não pode, em momento algum, ser devassada.

Assim, a intimidade e a vida privada não são asseguradas, tão-só, com a impossibilidade de violação de domicílio, da correspondência e com a proibição das interceptações telefônicas. O âmbito da tutela é maior e se ramifica em vários instantes, no curso da persecução penal.

Neste sentido, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, referindo-se a tutela da intimidade e da vida privada dispõe:

Consiste no direito do indivíduo viver protegido contra: toda ingerência à vida interior, familiar e doméstica; todo ataque à integridade física e moral; toda agressão à honra objetiva e subjetiva; toda interpretação prejudicial dada-lhe às palavras e a seus atos; a divulgação desnecessária de comportamentos embaraçosos, referentes à vida privada; a utilização de seu nome e identidade, ou imagem; toda atividade tendente a espioná-lo, vigiá-lo ou escutá-lo; a interceptação de correspondência; a utilização maliciosa de suas comunicações privadas, escritas ou orais; divulgação de informações, comunicadas ou recebidas em sigilo profissional (2005, p.81).

Na realização da busca, seja na modalidade domiciliar ou pessoal, a inviolabilidade de domicílio e o respeito à integridade física e moral, assegurados na Lei Maior, isoladamente, não protegem a intimidade e a vida privada.

Deste modo, pode-se dizer que as referidas garantidas são conexas à norma constitucional da intimidade e privacidade elencada no art.5º, inciso X, assim, mesmo que se possa entrar em casa/domicílio alheio, ou proceder a uma revista pessoal, não se deve divulgar fatos relacionados a vida privada, eventualmente obtidos na diligência, sem ter relação alguma com o fato investigado. Da mesma forma, divulgar ou até mesmo expor quaisquer ocorrências relativas a outras pessoas, que habitam/residem à mesma casa, mas que não se acham sujeitas à persecução penal.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, nesta esteira, aponta com grande maestria:

A legalidade da busca e da apreensão é assegurada, também, pela proteção da intimidade do indivíduo e de sua vida privada. Inadmissível que, em busca legal, o encontro de coisas ou objetos, sem qualquer relação com o fato investigado, e que muitas vezes sequer importam para o direito penal, ganhem divulgação, expondo a intimidade de quem a sofreu (2005, p.83).

Assim, mesmo que não protegendo, por si só, a intimidade do indivíduo, o amparo constitucional da “casa”, não deixa de integrar o conjunto de normas que resguardam a vida íntima da pessoa humana.

1.3.3 Integridade física e moral

Numa abordagem bem estreita e curta, pode-se dizer, que as normas constitucionais ao determinarem que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art.5º, III, da CF/88) e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art.5º, XLIX, da CF/88) acabam por dispensar grandes considerações. Pois ambos os preceitos tem por objetivo inibir a violência e o abuso de poder das autoridades públicas, sobrepujando a dignidade do indivíduo envolvido numa persecução penal.

Portanto, é indiscutível, que tanto a busca domiciliar quanto a pessoal, para atingir um resultado lícito, devem respeitar a pessoa humana, encontrando-se esta presa ou em liberdade.

Depois de fixados os conceitos de casa, da intimidade e da vida privada, necessário se faz, brevemente, conhecer a amplitude das proteções constitucionais para melhor compreender-lhes a abrangência. Desde já, cumpre destacar que as discussões doutrinárias centram-se com mais atenção na proteção constitucional da “casa”. No que diz respeito à integridade física e moral do indivíduo, inexistente discussão sobre o objeto jurídico protegido.

O problema atual, na doutrina nacional, encontra-se em pontuar o quanto a defesa constitucional da casa, da intimidade e da vida privada estão conectadas.

Analisando a garantia constitucional da casa, pontua Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “objeto da proteção é a *privacidade* (aliás, também, protegida pelo inciso X do mesmo art. 5º da Constituição), da qual a casa, ou o domicílio é uma dimanação” (1991, p.19).

Por seu turno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, diz:

A inviolabilidade do domicílio visa a proteger a *intimidade* do homem. Busca-lhe um espaço reservado, proibindo as intromissões dos homens e do próprio Estado. Garante-lhe, pois, a base necessária para o desenvolvimento de sua personalidade (1990, p.36).

Já José Afonso da Silva dispõe:

O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define casa como asilo inviolável do indivíduo (...). Aí, também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que esse asilo inviolável protege. O recesso do lar é assim o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada (1996, p.416).

De outra sorte, a norma constitucional, de nada valeria sem a existência de uma resposta penal, para uma eventual violação do preceito maior. Contudo, esclarece Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo que:

(...) inexistindo em nossa legislação atual a conduta penal de violação da intimidade, melhor aceitar que, em conjunto com outros preceitos legais, a inviolabilidade da casa, o respeito à intimidade, à vida privada e à integridade física e moral visam a proteger a intimidade pessoal e a vida privada (2005, p.87).

Vistos os diversos entendimentos, importa, porém, especialmente, no que tange a busca e apreensão, sempre, o respeito e acatamento à pessoa humana. Objetivando, ao máximo, preservar, a casa, a integridade física e moral, a intimidade e a vida privada. Sempre, porém, com a visão de que as referidas garantias, possuem relação de complementaridade.

Cumprido ressaltar que, violar direitos fundamentais, no processo penal, especialmente no que tange a busca, torna ineficaz eventual apreensão. Desta maneira, o ato processual não surtirá efeito algum.

1.4 Dos critérios utilizados pela doutrina para definição do período referente ao dia

Na medida em que a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu que o ingresso no “asilo inviolável” mediante mandado judicial somente pode ocorrer no período diurno, ascendeu-se incansável discussão doutrinária a respeito de qual período corresponde ao dia, como também à noite.

A doutrina, seja de direito material, ou processual penal, é discordante. A lei processual não diz qual a abrangência dos termos dia e noite.

Não existindo até hoje unanimidade a esse respeito, parte da doutrina se filia ao critério físico-astronômico, isto é, o dia seria definido pelo critério da iluminação solar. Parte se utiliza do critério do horário, onde alguns doutrinadores delimitam o dia como sendo aquele período entre as 6:00 horas e 18:00 horas, e outros entre o período das 6:00 e 20:00 horas. Ainda existem os que entrelaçam as duas propostas ao considerar aquele período do ano em que ocorre o horário de verão, permanecendo o sol alto além das 20 horas.

Antes de passar ao entendimento de distintos doutrinadores, cumpre salientar para o fato de que, na legislação estadual, como elencado no esboço histórico dos institutos em questão, apenas Alagoas determinou horário para a realização de busca, estabelecendo o período das 6 às 18 horas, conforme inteligência do art. 83; Minas Gerais, tanto na Consolidação como no Código, impedia diligência noturna, nos termos dos artigos 820 e 182, respectivamente; já o Estado do Amazonas trazia a previsão de que “dia é enquanto o sol se acha acima do horizonte” conforme estipulação de seu art. 74, período este em que se podia entrar em casa alheia. No tocante aos demais Códigos, Consolidações e projetos, não houve previsão neste sentido.

Ante ao exposto, será demonstrado em seguida, de forma exemplificativa, o entendimento de diversos autores, no que concerne ao período referente ao dia e a noite, de forma a situar o leitor quanto à extensão dessa divergência.

Quanto à definição de dia, adotando o critério físico-astronômico e esclarecendo que o critério do horário não seria o mais viável, Guilherme de Souza Nucci o compreende como “o período que medeia o alvorecer e o anoitecer. O critério fixo das horas não nos parece o melhor, visto que há a adoção do horário de verão, bem como regiões do Brasil onde o sol se põe mais tarde e surge mais cedo” (2007, p. 507).

Adotando o mesmo critério - físico-astronômico - o ilustre Ministro do STF José Celso de Mello Filho conceitua dia como sendo o intervalo de tempo situado entre a “aurora e o crepúsculo” (*apud* MORAES, 2003-a, p. 239).

Fernando Capez ao se referir ao horário permitido da busca domiciliar, ressalta que o conceito de dia não pode ser usado por analogia em vista do art. 172 do Código de Processo Civil, o qual prevê que “os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 às 20 horas”, como entendem alguns processualistas, pois, conforme o doutrinador, não se pode admitir que o dia somente termine às 20 horas,

ainda mais quando se trate de zona rural, onde as pessoas costumam dormir antes deste horário (2012, p. 404).

Para Alexandre de Moraes, a melhor definição de dia a ser utilizada seria por meio da aplicação conjunta dos critérios físico-astronômico e fixo de horas. Assim, nas palavras do ilustre constitucionalista:

A aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão) (2003-a, p. 239).

Ao demonstrar distintos critérios para definição de dia, não poderíamos deixar de conceituar o que se entende também por noite. Nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em excelente monografia esclarece que:

A jurisprudência brasileira tem decidido que por noite deve-se entender o tempo compreendido entre o ocaso, isto é, o desaparecimento do sol no horizonte, e o seu nascimento. O espaço de tempo que vai desde o crepúsculo da tarde até o crepúsculo da manhã (JTACrim 46/155, 70/216; RT555/357). Portanto, o período variará de acordo com a época do ano, sendo mais longo no inverno e bem mais curto no verão (MUSETTI GROTTI *apud* MORAES, 2003-a, p. 239).

Para Cezar Roberto Bitencourt, o termo noite pode ser conceituado como “o período do dia em que há, naturalmente, a ausência de luz solar, e, normalmente, inicia-se pouco mais de uma hora após o sol se pôr, e finda-se com o seu nascimento” (2012, p. 790).

Ainda, salienta Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, que o limite temporal impõe-se para o início da busca e não para sua finalização. Desta forma, a superveniência da noite, no curso do varejamento, não a paralisa (2005, p.213). Nesta esteira, se, entretanto, a autoridade policial chegar ao local da procura, fora do horário legal, não poderá realizá-la.

1.5 Dos executores

A busca ou revista, em regra, é realizada pela autoridade policial, ou seus agentes. Assim dispõe os artigos 241 e 245, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado. (BRASIL, 1941).

No que diz respeito à exigência do mandado judicial para a polícia, ressalta Nucci:

Não mais vige a possibilidade da autoridade policial, pessoalmente e sem mandado, invadir um domicílio, visto que a Constituição Federal garantiu a necessidade de determinação judicial. O juiz, obviamente, quando acompanha a diligência, faz prescindir do mandado, pois não teria cabimento ele autorizar a si mesmo ao procedimento da busca. (2007, p. 503).

Já conforme o art. 245, §1º, do mesmo diploma legal, tem-se:

Art. 245. As buscas serão realizadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem a 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.

§1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência. (BRASIL, 1941).

Como já explanado anteriormente pelo ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, com relação ao §1º, trata-se de autoridade judiciária, não mais se admitindo que o delegado de polícia ou outra autoridade faça as suas vezes. Deste modo, se o próprio magistrado der a busca, deve declinar ao morador a sua qualidade, exibindo sua carteira funcional e, expressamente mencionando o motivo da diligência, como também, sua finalidade.

Cumprido ressaltar, que embora a doutrina sempre afirmasse que a função de busca material se confia, especialmente, às autoridades e agentes da polícia judicial, a Constituição da República em seu art. 144, §4º, atribui, nos Estados e Distrito Federal, a função de polícia judiciária à polícia civil, que é dirigida por delegados de polícia de carreira. Desta maneira, incumbe-lhes, pois, com ressalva a competência da União, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, com exceção as militares.

Assim, os mandados de busca apreensão devem ser cumpridos pela polícia judiciária estadual ou federal.

Salienta-se, por fim, que na segunda fase da persecução penal, quem cumpre os mandados de busca são os oficiais de justiça.

1.5.1 Da exibição e leitura do mandado judicial

O executor da busca (autoridade judiciária, policial ou seu agentes), antes de iniciá-la, deve proceder conforme dispõe o art. 245, *caput* e §§ 1º e 5º, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de entrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

[...]

§5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la. (BRASIL, 1941).

Portanto, deverá o executor declarar sua qualidade e o objetivo da diligência; exhibir e ler o mandado de busca, tirante a autoridade judiciária; intimar o morador a abrir a porta e mostrar o que se procura.

Tal forma de proceder é de extrema relevância para validade do ato procedimental. Salieta-se, que o cuidado, importa, também, à polícia judiciária, pois não é incomum que alguém pretenda fazer-se passar por policial.

Assim, o morador deve, previamente, saber quem pretende entrar-lhe na casa e qual o objeto da busca. A leitura do mandado dar-lhe-á ciência inequívoca do que se procura. Deste modo, poderá, voluntariamente, entregá-lo a autoridade judiciária, policial ou seus agentes. Agindo o morador desta maneira, impede o esquadramento da casa.

Não pode o executor entrar em casa alheia e iniciar a procura sem oferecer a oportunidade ao morador de exhibir e entregar a coisa procurada. Nem tampouco vasculhar a casa e apoderar-se de objetos diversos ao da ordem judicial. Entretanto, com relação a autoridade ou agente apoderar-se de coisas diversas ao da ordem judicial, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, ser lícita a apreensão de bens sem relação com o fato investigado, desde que originada em busca legal. Com efeito:

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA APREENSÃO DE BENS PROCEDIDA APÓS BUSCA DOMICILIAR. INEXISTENCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. SENDO FUNDAMENTADA A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA ALIMENTAR, NÃO

HA FALAR EM ILEGALIDADE OU NULIDADE NA APREENSÃO DE BENS DAI DECORRENTES. 2. RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL, 1993).

Embora colacionado entendimento no sentido de ser lícita a busca e apreensão de bens sem relação com o fato investigado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalta-se, que a inobservância à norma legal, além de invalidar a busca, poderá caracterizar abuso de autoridade.

1.6 Da prova ilícita

Consoante a temática ventilada no presente trabalho, cumpre destacar, também, neste primeiro capítulo, sobre a imprestabilidade para a persecução penal da prova obtida ilegalmente.

Dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Surgindo, assim, a expressão “prova proibida, defesa ou vedada”, isto é, aquela que não pode ser admitida nem valorada no processo.

Ressalta-se, desde já, que a prova vedada comporta duas espécies distintas: (a) prova ilegítima e (b) prova ilícita.

Quanto à prova ilegítima, configura-se quando a norma afrontada tiver natureza processual. Como exemplo, o caso de um documento ser juntado na fase das alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, tendo em vista o disposto no art. 479, *caput*, do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, configura-se prova ilegítima a oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão, conforme inteligência do art. 207, do CPP (CAPEZ, p. 363). Assim a prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo, isto é, no momento em que é produzida no processo, sendo, portanto, sempre intraprocessual.

Com relação à prova ilícita, configura-se quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, seja constitucional ou legal. Assim, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais, não sendo, portanto, admitidas no processo penal. Cita-se, como exemplo, uma

apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (art. 150, do CP), uma confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (art. 10, da Lei n. 9.296/96) e assim por diante (CAPEZ, p. 363).

Cumpra observar, que a noção de prova ilícita está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova, não com o momento da sua produção dentro do processo. Desta forma, como se vê, o momento da obtenção da prova tem seu lócus fora do processo, ou seja, é sempre extraprocessual

Nesta esteira, salienta Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico (2003-b, p.125).

Todavia, menciona Capez que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei n. 11.690/2008, a qual modificou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal, dispondo que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Assim, a reforma processual penal acabou por distanciar-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo, portanto, como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais (2012, p. 363).

Em suma, pode-se concluir que o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito.

Demonstrado, neste primeiro capítulo, um breve histórico do instituto da busca e apreensão; seu conceito, natureza jurídica e finalidade; os direitos fundamentais que importam ao instituto; os critérios adotados pela doutrina para a definição do período referente ao dia; dos executores dos mandados judiciais e sua respectiva exibição e leitura, como também, apontamentos sobre provas ilícitas e sua imprestabilidade para a persecução penal, passaremos a seguir ao segundo capítulo, onde se verificará o que dispõe, tanto a doutrina, como a jurisprudência, sobre o tema, objeto deste estudo.

2 DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO TEMA

Como a busca e apreensão encontram guarida primeiro na Constituição da República, emerge impossível analisar os referidos institutos sem relacioná-los, de modo direto, com os direitos fundamentais da intimidade e vida privada, incolumidade física e moral do indivíduo e, principalmente, inviolabilidade do domicílio. Para tanto, cumpre destacar inicialmente, um breve histórico dos limites constitucionais da busca e da apreensão.

2.1 Breve histórico dos limites constitucionais da busca e da apreensão

Independentemente do regime político ou da forma de governo vigente ao tempo de sua elaboração, todas as Constituições brasileiras, sempre, preocuparam-se em proteger a casa do indivíduo.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, no título 8º – “Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros” – em seu art. 179, inciso VII, dispunha:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

VII – Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundações; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar (BRASIL, 1824).

Embora o amparo constitucional tenha surgido restrito ao cidadão brasileiro, tratados internacionais estenderam-no a alguns indivíduos estrangeiros. Note-se, ainda, que a referida Carta protegia a casa do cidadão. Porém, silenciava no tocante à proteção da integridade física do indivíduo.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, no título IV, Seção II – “Declaração de Direitos” -, em seu art. 72, §11, estabelecia: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão nos casos e pela forma prescritos na lei” (BRASIL, 1891).

A Emenda Constitucional, de 3 de setembro de 1926, manteve a garantia, como elencada originariamente.

No título III, Capítulo II – “Dos Direitos e Das Garantias Individuais” -, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, em seu art. 113, inciso 16 afirmava:

Art. 113. A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem o consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei (BRASIL, 1934).

Resguardava, contudo, tão somente a casa do indivíduo.

Todas as Constituições, supramencionadas até o momento, conservavam a inviolabilidade da casa. Entretanto, mostraram-se, silentes, ainda, quanto à proteção direta e ampla da integridade física e moral do indivíduo.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, apesar do nazismo de Hitler e do fascismo de Mussolini, a Carta, chamada Polaca, embora decretada no período ditatorial, cuidou “Dos Direitos e Garantias Individuais”, e em seu art. 122, inciso 6, assegurou: “A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções expressas em lei” (BRASIL, 1937).

Da mesma forma, quanto à integridade física e moral do indivíduo, nenhuma referência se fez.

No Título IV, Capítulo II – “Dos Direitos e Das Garantias Individuais” -, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, afirmava em seu art. 141, §15: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer” (BRASIL, 1946). Também omissa quanto à tutela da integridade física e moral do indivíduo, com pequena diferença redacional, retornava-se à técnica das Constituições de 1891 e 1934.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, no Título II – “Da Declaração de Direitos” -, Capítulo IV – “Direitos e Garantias Individuais” – em seu art. 150, §10, estabelecia: “A casa é o asilo inviolável do

indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer” (BRASIL, 1967). Ressalta-se que a Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, acabou por proteger, também, a integridade física e moral do detento ou presidiário.

Ao estabelecer, de modo expresso, os limites e as hipóteses autorizantes de entrada, sem o consentimento do morador, as diversas Constituições brasileiras, demonstraram um cuidado especial, em todos os tempos, em proteger a casa do indivíduo.

Salienta-se, que, das referidas Constituições até o momento, com ressalva a de 1937, restou estipulada a proibição da entrada, na casa do indivíduo, à noite, de modo expresso. As hipóteses excepcionadas para o ingresso eram incêndio e inundação, conforme a Constituição de 1824; para acudir vítimas de crime ou desastre, segundo termos das Constituições de 1891, 1934 e 1946; e em caso de crime ou desastre, conforme estipulação da Constituição de 1967.

Por sua vez, a Constituição do Império, protegia, unicamente, os cidadãos brasileiros. E a Carta de 1937, tão só, tinha como objeto de tutela, a genérica “inviolabilidade do domicílio”.

Por fim, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe inovações, ao estipular a exigência de mandado judicial autorizante da entrada em casa alheia e, também, ao ampliar a proteção dos indivíduos, assegurando-lhes a preservação da intimidade, da vida privada e a integridade física e moral.

2.2 Do princípio da inviolabilidade domiciliar

Atualmente vivemos em uma sociedade onde o domicílio, talvez seja o único lugar em que possamos ter um pouco de paz, conforto e principalmente segurança. Independente dos problemas que possamos enfrentar após um longo dia de trabalho, temos a plena certeza de que quando chegarmos ao nosso lar poderemos descansar com a convicção de que ninguém poderá transgredir o nosso ambiente domiciliar. Assim, a casa como asilo inviolável é uma garantia expressa e se faz presente no art. 5º, inciso XI da CF/88, ninguém nela podendo entrar sem ser bem-vindo ou convidado, sob pena de estar cometendo crime e responder às penas da

lei. Tal preceito constitucional consagra direito enraizado mundialmente, oriundo do direito inglês, conforme verificado no discurso do Primeiro Ministro Lord Chathan no Parlamento britânico:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar (CHATHAN *apud* MORAES, 2003-b, p. 81).

Desta forma, evidencia-se a força de tal princípio ao demonstrar que mesmo o homem mais poderoso não tem o direito de penetrar a qualquer momento e sob qualquer pretexto – ou nenhum – o lar do mais desafortunado. Garantia mundialmente respeitada, a inviolabilidade do domicílio tem por objetivo, além de assegurar a intimidade e a vida privada das pessoas, proporcionar maior segurança evitando indesejáveis excessos e arbítrios que possam vir a ocorrer, oriundos da atividade estatal.

2.3 Do posicionamento doutrinário

A Constituição Federal de 1988, como enfatizado anteriormente, vislumbra em seu art. 5º, inciso XI, salvo os casos de flagrante delito, desastre e para prestar socorro, que somente durante o dia, por determinação judicial, o asilo poderá ser violado.

No mesmo sentido, dispõe o art. 245, do Código de Processo Penal que:

Art. 245. 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. (BRASIL, 1941).

Desta forma, por tratar-se de ação que inevitavelmente impõe restrição de direitos individuais, as buscas domiciliares somente poderão ser concretizadas em caráter de exceção e, realizadas durante o dia, não sendo permitido sua realização à noite.

Cabe salientar que, em se tratando da hipótese de consentimento do morador em permitir a busca durante a noite, é certo dizer que, este somente irá permitir, quando tenha plena certeza de que não exista nada ilícito em seu domicílio, pois

caso contrário, jamais consentirá tal busca em período além do expressamente estabelecido na Constituição Federal, como também, no Código de Processo Penal.

2.3.1 Hipóteses de restrição a direitos fundamentais

Demonstrado a relevância do princípio da inviolabilidade domiciliar, como também, o posicionamento doutrinário em relação ao horário permissivo das buscas domiciliares, passa-se a demonstração de algumas hipóteses de restrição a direitos fundamentais que importam ao tema.

Inicialmente, destaca-se, que os direitos fundamentais não surgem absolutos, podendo sofrer limitações em certos casos.

Neste sentido, ao analisar a incidência das balizas nos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade afirma que elas:

(...) não o são na sua dimensão subjetiva, pois que os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse. E, podemos dizê-lo, nunca o foram verdadeiramente, já que mesmo na época liberal-individualista os direitos fundamentais (cada um dos direitos e os direitos de cada um) tinham como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo dos mesmos direitos. Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários. Assim, além dos limites internos, que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites externos, pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.” (ANDRADE *apud* PITOMBO, 2005, p.90).

Assim, sob o plano constitucional, pode-se afirmar que as garantias constitucionais da proteção à casa, o respeito à intimidade, vida privada e à integridade física do indivíduo não são absolutas.

Nesta esteira, trago a baila:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, X E XII, DA CF). I - OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO NÃO SÃO ABSOLUTOS, CEDENDO FACE A DETERMINADAS CIRCUNSTÂNCIAS, COMO, NA ESPÉCIE, EM QUE HÁ FORTES INDÍCIOS DE CRIME EM TESE, BEM COMO DE SUA AUTORIA. II - EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E DE JUSTA CAUSA, A LHE DAR SUFICIENTE SUSTENTÁCULO. III -

OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, HAVENDO INQUÉRITO POLICIAL REGULARMENTE INSTAURADO, INTERVENÇÃO DO ÓRGÃO DO PARQUET FEDERAL E PRÉVIO CONTROLE JUDICIAL, ATRAVÉS DA APRECIÇÃO E DEFERIMENTO DA MEDIDA; IV - ORDEM QUE SE DENEGA. (BRASIL, 1996).

Embora tratando da quebra de sigilos bancário, fiscal e de comunicações telefônicas, temas estes, distantes do assunto em questão, referida jurisprudência é apontada, tão-só, para corroborar que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo lugar a determinadas situações concretas.

Desta forma, o exercício dos direitos retromencionados deve ser conciliado com o poder-dever estatal de punir, bem como, o de manter e restaurar a paz pública.

Salienta Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo que:

A limitação ao pleno exercício de direito fundamental deve, ainda, respeitar o chamado princípio da proporcionalidade. Vale assentar: efetivo equilíbrio entre os direitos em jogo, ou em conflito. E, mais, estar demonstrado, de modo inequívoco, sua necessidade (2005, p.92).

Assim, tendo o princípio da proporcionalidade por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, uma medida limitativa de direito fundamental deve, portanto, de modo ostensivo, ser ajustada em qualidade, quantidade, relação ao fato, tempo, lugar, estado das coisas ou pessoas.

A autora supracitada ressalta, ainda, determinados requisitos para a redução de direitos fundamentais que importam à busca e apreensão. Dispõe a autora:

A inviolabilidade da casa, da intimidade e da vida privada, e a integridade física e moral, podem sofrer restrição; mas é imprescindível que a limitação mostre-se, no caso concreto, inafastável. Assim, há que estar: (1) prevista em lei; (2) destinar-se a fins legítimos; (3) evidenciar interesse social concreto prevalecendo sobre o individual; (4) ser proporcional ao fim almejado; e (5) se ajustar, em sua concretude, à finalidade perseguida (2005, p. 92).

Segundo entendimento da doutrinadora, faltando algum dos requisitos acima enumerados, seria inaceitável a redução de direitos fundamentais, tornando-se arbitrária a limitação. Assim, a determinação para realizar a busca e apreensão, seja ela domiciliar ou pessoal, porque restritivas de direito individual, não pode ser originária em ato arbitrário, em senso largo.

Ainda que em flagrante delito, a entrada em casa alheia, deve destinar-se à investigação criminal de determinada infração penal e estar, evidentemente, presente o interesse social da medida.

Demonstrada as hipóteses de restrição a direitos fundamentais, passa-se a seguir a análise do crime de tráfico de drogas, especialmente, no que tange a modalidade de “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio”.

2.4 Tráfico de drogas

O debate sobre o tráfico de drogas é histórico e perpetua-se a idéia de repressão aos chamados traficantes.

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, atual lei anti-drogas no Brasil, é alvo de polêmicas, pois inovou quanto à despenalização do consumo de drogas, mesmo que mantendo a conduta como crime, prevendo penas alternativas como advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa. No entanto, com relação ao tráfico de drogas, a nova Lei endureceu as penas que na antiga Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976 era de reclusão de 3 a 15 anos, e pagamento de 50 a 360 dias-multa. Hoje ao traficante é aplicada pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Sendo o tráfico de drogas um delito propulsor de inúmeros outros crimes, cumpre ressaltar, que em 2006 o consumo de cocaína e maconha aumentou no Brasil. Também cresceu significativamente neste período o tráfico de cocaína, especialmente na região sudeste. Segundo o Relatório Mundial de Drogas do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crimes (UNODC), entre os países da América do Sul – com 6,7 milhões de usuários de maconha – foi no Brasil que ocorreu o maior aumento do consumo da droga, a maior parte vinda do Paraguai, porque a produção brasileira de maconha já não é mais suficiente para cumprir a demanda. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), o uso da droga no Brasil foi o principal fator para a elevação da taxa de usuários no continente. Ser usado como rota, isto é, uma espécie de corredor por onde passa a cocaína que vem da Colômbia, Bolívia e Peru com destino a Europa, tem contribuído para o aumento do consumo de cocaína no Brasil. Vendida para grandes traficantes, a droga é distribuída aos pequenos que a fazem chegar aos usuários (SOUZA, S/D).

Prova de que o tráfico de drogas hoje em dia é um problema globalizado, o relatório mostra que a heroína tem no mundo onze milhões de usuários, dos quais, seiscentos mil são brasileiros.

2.4.1 Tráfico de drogas e crime permanente

Primeiramente, cumpre salientar que o crime de tráfico de drogas, estipulado na Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, na modalidade “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio” é permanente.

Deste modo, sendo um crime permanente, a todo momento está presente o estado de flagrância.

Embora não sendo a hipótese de “flagrante delito” o objeto do presente estudo, igualmente, cabe destacar, para melhor compreender mais adiante a importância do mandado judicial de busca e apreensão.

Com relação a prisão em flagrante nos crimes permanentes, ensina Gustavo Henrique Badaró:

A prisão em flagrante nos crimes permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo. O crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protraí no tempo. (...) O art. 303 do CPP dispõe que “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (...). A regra do art. 303 do CPP é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível. Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade flagrante próprio (2009, p. 187).

Sob a luz do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, tal situação, dispensaria mandado judicial.

Ainda, nos ensinamentos de Nucci, sobre crimes permanentes:

São aqueles que se consumam com uma única conduta, mas o resultado tem a potencialidade de se arrastar por longo período, continuando o processo de consumação/execução da infração penal. Assim, aquele que seqüestra determinada pessoa, enquanto a detiver em seu poder, cerceando sua liberdade, está em franca execução do crime. O delito consumou-se no momento da privação da liberdade, arrastando esse estado, pois continua a ferir o bem jurídico protegido. Logicamente, por uma questão de bom senso, cabe prisão em flagrante a qualquer momento (2007, p. 573).

Sob o mesmo entendimento de Badaró, enfatiza Nucci que nem precisaria existir o art. 303, do CPP, pois o art. 302, inciso I, resolve o problema. Dispõe o referido artigo:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941).

Como visto, no inciso I, tem-se a verdadeira situação de flagrante delito, ou seja, a pessoa “está” cometendo a infração penal. Assim, o constituinte, ao elaborar a norma do art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, imaginou a hipótese clássica de flagrante. Resta dizer: pensou no flagrante próprio, como hipótese permissiva da invasão em domicílio alheio.

Sobre o flagrante próprio ou perfeito, dispõe Nucci, referindo-se ao art. 302, inciso I, do CPP:

Ocorre quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal. Nessa situação, normalmente havendo a intervenção de alguém, impedindo, pois, o prosseguimento da execução, pode redundar em tentativa. Mas, não é raro que, no caso de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a efetivação da prisão ocorra para impedir, apenas, o prosseguimento do delito já consumado (2007, p. 569).

Ainda, referindo-se ao inciso II, do CPP, que considera em flagrante delito quem “acaba de cometer uma infração penal”, que também se encaixa na hipótese de flagrante próprio, enfatiza o referido autor:

Ocorre quando agente terminou de concluir a prática da infração penal, em situação de ficar evidente a prática do crime e da autoria. Embora consumado o delito, não se desligou o agente da cena do crime, podendo, por isso, ser preso. A esta hipótese não se subsume o autor que consegue afastar-se da vítima e do lugar do delito, sem que tenha sido detido (2007, p. 569).

Desta forma, pode-se afirmar, que o alcance da expressão “flagrante delito” inserida no artigo 5º, inciso XI, da Lei Maior, limita-se às hipóteses do art. 302, inciso I e II, do Código de Processo Penal, apenas.

Assim, ao que tudo indica, o objetivo do constituinte foi proteger ao máximo a privacidade, somente permitindo sua violação em casos excepcionais, isto é, de dia, por mandado judicial; de noite, ou de dia, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, sem mandado judicial.

A esta altura, resta saber, onde haveria violação de direitos fundamentais na ação policial que ingressa em domicílio alheio em caso de flagrante de crime permanente, especialmente, no que tange ao tráfico de drogas?

Adianta-se, desde já, que a resposta à indagação pode ser trilhada de duas maneiras, como será tratado a seguir.

2.4.1.1 Primeiros passos na jurisprudência brasileira

Diante do exposto anteriormente, apresenta-se o aparente impasse. A constituição Federal dispõe em seu art. 5º, inciso XI que “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”. O crime de tráfico de drogas na modalidade “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio”, conforme apontado acima, é permanente.

Deste modo, poder-se-ia dizer, com base em um raciocínio lógico-formal, que, aparentemente, nada aponta para qualquer irregularidade na invasão de domicílio por policiais, a qualquer hora do dia ou da noite, sem mandado judicial, em caso de crimes permanentes, pois o estado de flagrante é permanente.

Tal afirmação, utilizando-se como única ferramenta de interpretação a mera lógica-formal, restaria plenamente correta.

Contudo - não que seja ilegal adentrar domicílio alheio em casos de crime permanente, sem mandado judicial -, mas tal conduta pode encontrar obstáculos, devendo ser utilizada com certa reserva.

No direito brasileiro, o posicionamento majoritário é aquele que se alinha com a desnecessidade de mandado judicial, sempre que se tratar de crime permanente. Todavia, a jurisprudência, em primeiros passos, sobre a inviolabilidade de domicílio em casos de crime permanente, vem trazendo verdadeiros precedentes, pois afirmam que nem toda situação de flagrante permanente autoriza ação desabalada da polícia para dentro do imóvel suspeito.

Em um primeiro precedente jurisprudencial, traz-se o caso de policiais que ingressaram em domicílio alheio - em caso de tráfico de drogas - sem mandado em meio à noite, e encontraram drogas, sendo o agente preso e processado por aquele delito; contudo, afinal, foi proferida sentença absolutória com base no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, sob a argumentação de que somente as situações expressas de “prestar socorro e desastre” representam contextos emergenciais, em que não seria plausível aguardar por autorização judicial para ingressar no domicílio alheio.

Inconformado com a sentença, o representante do Ministério Público recorreu, mas a decisão de primeiro grau foi confirmada pela 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação nº 0011071-38.2009.26.0566, onde dispôs o relator Euvaldo Chaib da seguinte forma:

[...] nesse diapasão, o douto juiz sentenciante, em suas razões de decidir, fez questão de frisar que os milicianos poderiam e deveriam justificar a invasão de domicílio com a requisição de mandado judicial, ou até mesmo, através de indicação das testemunhas que ali estavam presentes quando houve a intervenção policial. Como bem frisou o Magistrado, **não é porque se trata de crime de efeito permanente que estão legalizados todos os atos praticados pelos agentes policiais**, pois devem ser tomadas maiores cautelas para demonstrar, à clara luz, a natureza da diligência e as circunstâncias em que foi exercida. (BRASIL, 2011).

Conforme a referida jurisprudência, somente foram inquiridos dois policiais no juízo de origem, no qual, um afirmou que o apelado tinha em mãos uma pedra de “crack”, enquanto o outro atestou que havia droga somente no interior da residência. Desta forma, apesar de ser encontrada droga no interior da residência - o que no caso em tela ensejaria a hipótese de crime permanente - não configurou-se a legalidade do flagrante delito, pois os policiais ao realizarem a busca domiciliar deveriam ter requisitado mandado judicial, ou indicado testemunhas que estavam presentes no local. Não agindo com tal cautela, levou-se em conta, primeiramente, a incoerência nos seus dizeres, verificando, assim, que mesmo na hipótese de crimes permanentes, pode haver obstáculos para o ingresso em domicílio alheio, não ensejando, em certos casos, o flagrante delito.

Já conforme a apelação nº 0020153-57.2006.8.26.0224, julgada pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmou-se:

[...] ademais, há que se considerar que os relatos policiais revelam a ilegalidade da busca domiciliar conduzida na madrugada, sem qualquer respaldo legal, que importou em violação de norma constitucional e processual, quais sejam: (I) “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” (Constituição Federal, art. 5º, inciso XI); (II) “quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado” (Código de Processo Penal, art. 241). **E não há que se falar que no crime permanente dispensa-se o mandado judicial de busca domiciliar, pois a ilicitude aqui antecede a apreensão da droga e está consubstanciada no ingresso dos policiais em casa alheia.** (BRASIL, 2011).

No mesmo ensejo, restou demonstrada na apelação acima, que nem sempre é possível ingressar em domicílio alheio – à noite – em casos de crime permanente, objetivando o flagrante delito, sem mandado judicial. Segundo o entendimento exposto, mesmo no crime permanente, necessita-se de mandado judicial para o ingresso em casa alheia; caso contrário, mesmo com a apreensão da droga, restará ilícito o varejo.

Num terceiro julgamento decidido pela 16ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, por sua vez, no recurso em sentido estrito nº 990.09.332009-6, manteve-se a decisão de 1º grau que relaxou a prisão em flagrante por violação da inviolabilidade do domicílio, com os seguintes motivos expostos pelos desembargadores:

[...] a prisão como efetuada ofendeu o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, pois se deu mediante violação de domicílio. E da estrita particularidade do caso dos autos, **não se encontra a ação policial respaldada na exceção permissiva constitucional de ingresso em domicílio, no período noturno, pelos agentes do Estado, consistente na ocorrência de flagrante – permanente ao delito como capitulado – já que viciada de ilegalidade em sua origem.** Não há nos autos policiais, como bem frisou o d. Juízo, informações robustas, de fonte idônea, acerca da prática do ilícito no local. E tal ação, ainda que independente fosse da campana, se deu mediante conduta arbitrária, entendendo-se a arbitrariedade em seu conceito gramatical, como avesso à lei, á que os agentes, respaldados apenas na afirmação de que “receberam notícia anônima do crime” invadiram a residência em período noturno. Também é arbitrária a conduta no sentido jurídico, uma vez poder o agente público, no caso o servidor público policial, pelo ato da prisão, agir apenas de modo discricionário, sempre obedecendo os limites legais. Não fizeram. Foram ao local e invadiram a residência da vítima, não constando nos autos policiais a descrição da maneira com que tiveram acesso ao interior da residência. Não se tratava de perseguição, tampouco foi a ação calcada em fidedigna notícia de prática ilícita. Além disso, como sabido, incumbe às autoridades policiais investigar fatos – não pessoas. Inadmitida, assim, a invasão de domicílio para a devassa dos bens e revista dos moradores, sem precedente justa causa ao ato. Assim, e pela estrita particularidade do caso dos autos, de rigor a manutenção da decisão atacada, [...]. (BRASIL, 2010).

Fundamentou, ainda, o relator:

[...] no fato de não ser autorizada a invasão de residência, no período noturno, para revista e, uma vez encetada a diligência “... ou os agentes encontrariam algo que permitisse a prisão da indiciada, ou estariam expostos a conseqüências graves, o que, por si só, enfraquece o valor das informações por eles prestadas.” (BRASIL, 2010).

Na jurisprudência ora exposta, resta demonstrado que, mesmo sendo encontrado certa quantidade de droga no interior da residência da suspeita, sendo comunicado o flagrante ao Juízo – cuja a decisão foi alvejada pelo recurso em sentido estrito, diga-se, sem sucesso – o Magistrado relaxou a prisão em flagrante, apontando a ilegalidade do flagrante porque os policiais invadiram a residência, sem indícios robustos do tráfico noticiado anonimamente, e sem mandado de busca e apreensão. Desta maneira, segundo o Magistrado, mostra-se necessário o mandado de busca e apreensão, mesmo nos casos de crime permanente.

Por fim, colaciona-se, nesta esteira, apelação criminal julgada pela 1^o Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cuja ementa dispõe:

PROCESSUAL PENAL – ILICITUDE DA PROVA – TRAFICÂNCIA DE DROGAS – BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

A casa é asilo inviolável, ninguém podendo nela penetrar, salvo as exceções contidas na Constituição Federal. Não podem os agentes policiais realizar busca e apreensão sem ordem judicial, na casa de quem não pratica a traficância de drogas e apenas guarda relação de parentesco com o investigado. O que se apurar, a partir de então, fica contaminado pela ilicitude, *ex radice*, da violação de domicílio. (BRASIL, 2004).

Da jurisprudência trazida, depreende-se que para a 1^a Turma Criminal, a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio está acima da prisão em flagrante. Isso porque a invasão da casa sem mandado vicia toda a ação dos policiais, contaminando também a prova. No caso, a prova passa a ser considerada ilícita segundo o ordenamento jurídico vigente.

Afirmaram, ainda, os desembargadores:

Não há dúvida de que o tráfico de entorpecente se trata de crime permanente. No entanto, a colheita de prova acerca de sua ocorrência fica subordinada aos preceitos constitucionais que assegura, como regra, a inviolabilidade do domicílio. (BRASIL, 2004).

Mantendo a decisão de 1ª instância que julgou contaminada a prova colhida, explicou a Turma, que mesmo em se tratando de um crime tão grave quanto a comercialização de substâncias proibidas, não há razão justificável para a invasão de residência sem autorização judicial.

Demonstrada uma primeira abordagem em resposta a indagação levantada anteriormente, passa-se a trilhar uma segunda que será tratada no tópico a seguir onde chamarei de flagrante delito e a certeza da busca findar positiva.

2.4.1.2 Flagrante Delito e a certeza da busca findar positiva

Não se pode negar, apesar de ser demonstrado acima visões contrárias, que o posicionamento majoritário, é aquele que entende não haver necessidade de mandado judicial, sempre que se tratar de crime permanente. Havendo, assim, a possibilidade de adentrar domicílio alheio, seja de dia, ou de noite, para objetivar o flagrante delito.

Contudo, imagine-se a seguinte hipótese: vamos supor que, diante de uma denúncia anônima de que em tal residência estão comercializando entorpecentes, autoridade policial ou seus agentes debandam-se para dentro de tal domicílio – suposta “boca de fumo” - objetivando o flagrante delito, mas que, porém, nada encontram, restando negativo o varejamento. Da hipótese levantada, não é difícil obter a conclusão de que tais policiais poderão responder pelo crime de abuso de autoridade, conforme art. 3º, letra b, da Lei nº 4.898, *in verbis*:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
 - b) à inviolabilidade do domicílio;**
 - c) ao sigilo da correspondência;
 - d) à liberdade de consciência e de crença;
 - e) ao livre exercício do culto religioso;
 - f) à liberdade de associação;
 - g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
 - h) ao direito de reunião;
 - i) à incolumidade física do indivíduo;
 - j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.
- (BRASIL, 1965)

Podendo, ainda, o Estado ter que indenizar os supostos infratores, nos termos do art. 37, §6º, da Lei Maior. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Com relação à hipótese levantada, ou seja, restando negativa a busca que objetivou o flagrante delito, com maestria dispõe Nucci:

Se a polícia tem algum tipo de denúncia, suspeita fundada ou razão para ingressar no domicílio, preferindo fazê-lo por sua conta e risco, sem mandado – porque às vezes a situação requer urgência – pode ingressar no domicílio, mas a legitimidade de sua ação depende da efetiva descoberta do crime. Do contrário, pode-se caracterizar o crime de abuso de autoridade ou mesmo infração funcional. Se o agente policial agir em gritante desrespeito à inviolabilidade do domicílio de pessoa, que nem sequer provoca suspeita, está cometendo, logo de início, um crime, razão pela qual deve ser punido. (2007, p. 504).

Como bem salienta o doutrinador, ao ingressar em domicílio alheio, sem mandado judicial, a legitimidade da ação policial dependerá da efetiva descoberta do crime, isto é, caminharão os agentes numa verdadeira linha tênue entre a “certeza” de findar positivo o varejo, restando lícita à apreensão ou, serem, eventualmente, responsabilizados pelo crime de abuso de autoridade.

Configurando este último caso, poderá, portanto, o policial incidir em duas infrações: funcional, quando não houver elemento subjetivo específico (dolo específico, como retrata a doutrina tradicional), merecendo punição administrativa; ou penal, quando, nitidamente, manifestar seu intuito de abusar de sua condição de autoridade, merecendo ser processado e condenado por isso. Da mesma forma, poderá ser responsabilizado objetivamente o Estado, quando seus agentes praticarem um ilícito ou violação ao direito de outrem. Ou seja, é do Estado a responsabilidade pelos atos dos seus funcionários que nessa qualidade causem danos a terceiros, não sendo necessário que o prejudicado prove a culpa daquele, bastando haver uma relação de causalidade entre o ato prejudicial e a administração.

Demonstrada as duas abordagens, como respostas, a indagação levantada anteriormente, por fim, passa-se ao posicionamento que a jurisprudência vem

adotando a respeito do cumprimento do mandado de busca e apreensão em horário fora do permitido pela Carta Magna.

2.5 Do posicionamento jurisprudencial a respeito do tema

Diante de todo o exposto até o momento, é sabido que o constituinte brasileiro, no intuito de preservar ainda mais a intimidade dos indivíduos, determinou que as ordens judiciais que autorizem o ingresso de agentes públicos na casa/domicílio de alguém sem o consentimento do morador sejam realizadas somente durante o dia.

Contudo, não se pode excluir, de plano, a possibilidade de, em casos excepcionais, devidamente justificados, ser autorizado judicialmente o cumprimento de um mandado de busca e apreensão fora desse período, naquelas hipóteses em que a prova a ser colhida somente estará disponível durante a noite.

Vale ilustrar como exemplo, o caso de traficantes que, sabendo do amparo legal que traz a nossa Constituição Federal vigente, de dia (horário permissivo do mandado judicial), guardam seus entorpecentes em residências alheias as suas, sejam em casas de vizinhos, ou em residências de parentes, com o único objetivo de “escapar” de um eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão, e recolhendo, conseqüentemente, à noite (horário que impossibilita o cumprimento do mandado judicial) para a comercialização da droga, restando imunes, desta forma, a tal medida cautelar.

Assim, a jurisprudência, buscando dar maior efetividade aos mandados de busca e apreensão, especialmente, no que tange aos delitos que tem como “horário de expediente” a noite, como é o caso do tráfico de drogas, vem admitindo a possibilidade do ingresso no “asilo inviolável” mediante determinação judicial durante o período noturno.

Neste sentido, trago à baila:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, e considerando o contexto do flagrante, a qualidade e a quantidade das drogas apreendidas, não se mostra ilegal a manutenção da segregação cautelar para garantia da ordem pública. Decreto de prisão

preventiva suficientemente fundamentado, que levou em consideração os elementos do caso concreto até então evidenciados.

É possível o cumprimento de mandado de busca e apreensão no período noturno quando se trata de investigação acerca de crimes permanentes, especialmente no caso concreto, em que houve investigação prévia e autorização judicial para tanto.

O Código de Processo Penal não estabelece prazo absoluto para a formação da culpa. Então, é possível afirmar que o “tempo do processo” é dado de acordo com as características próprias de cada feito, em atenção ao princípio da razoabilidade. No caso dos autos, o processo tramita regularmente, não se verificando excesso de prazo na formação da culpa. Eventuais circunstâncias favoráveis de ambas as partes, tais como primariedade, residência fixa e exercício de atividade laborativa – itens sequer comprovados nos autos -, não são causas impeditivas da prisão cautelar. (BRASIL, 2012).

No referido acórdão, embora questionado o excesso de prazo na formação da culpa, argumentou-se, também, que os mandados foram cumpridos em horário noturno, o que vem a caracterizar prova obtida por meio ilícito, sendo postulado a anulação dos mesmos, como todas as provas colhidas em seu cumprimento. Contudo, restou denegado o Habeas Corpus mencionado, sob a alegação de que o seu cumprimento, embora tenha sido a noite, não se reveste de ilegalidade, especialmente, por tratar-se o tráfico de drogas de delito permanente, ou seja, aquele delito onde sua consumação se prolonga no tempo.

Seguindo o mesmo entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE DECORRENTE DE CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO POR TER SIDO AUTORIZADO O SEU CUMPRIMENTO NO HORÁRIO NOTURNO. INOCORRÊNCIA. O CRIME DE TRÁFICO É CONSIDERADO DELITO PERMANENTE.

CONSTRIÇÃO CAUTELAR NECESSÁRIA PARA RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. DECRETO PRISIONAL SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (BRASIL, 2013).

Embora levantado pelo representante da Defensoria Pública a ilegalidade da prisão decorrente do cumprimento da medida no período noturno, no mesmo sentido, foi denegado o Habeas Corpus, justamente pela situação de permanência do crime de tráfico de drogas. Ainda, argumentou-se que a regulamentação contida no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal não é absoluta, existindo posicionamento doutrinário que admite o cumprimento do mandado de busca e

apreensão em horário noturno naquelas situações em que no período diurno se mostraria ineficaz.

Por fim, dispõe a apelação crime, da 3ª Câmara Criminal da Comarca de Tapejara:

APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR – INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO – FLAGRANTE – HORÁRIO NOTURNO – MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – LEGALIDADE – DENÚNCIAS ANÔNIMAS – FLAGRANTE – PROVA SÓLIDA – DESCLASSIFICAÇÃO – PENA-BASE – INALTERAÇÃO – REDUÇÃO PELO §4º DO ARTIGO – PROPORCIONALIDADE – PERDIMENTO DOS VALORES.

1. Não há violação da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio - artigo 5º, inciso XI - quando além de munidos de mandado de busca e apreensão há flagrante de delito iniciado no exterior da residência e que resulta exitoso pela apreensão da droga em poder da acusada. A garantia não tem a finalidade de proteger criminosos e o crime.

2. Pratica o delito de tráfico de drogas agente que, depois de reiteradas denúncias anônimas, é flagrada, em frente a sua casa, conhecido ponto de tráfico, trazendo consigo razoável porção de *crack* e dinheiro fracionado e outros apetrechos.

3 Os depoimentos dos policiais que prenderam a acusada em flagrante, cumprindo mandado de busca, somado aos informes dando conta de que dedicava-se ao tráfico são elementos convincentes para manter a condenação.

3. Firme a prova do tráfico, inviável a desclassificação, até porque, não provado se destinassem a exclusivo consumo pessoal, admitindo a acusada ser usuária esporádica o que é incompatível com a quantidade apreendida: 10g de *crack*.

4. A pena leva em conta os critérios de necessidade e suficiência, bem como atende os comandos legais, tais como o artigo 42 da Lei 11.343/06, determinando a exasperação frente a quantidade e natureza das substâncias apreendidas com o apelante.

5. O §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 é dosado conforme critério discricionário do juiz e, a ausência de antecedentes não autoriza redução superior, mormente pela reiteração da atividade, conforme denúncias anônimas.

6. Não provada a origem lícita do dinheiro apreendido com a apelante, mantém-se o seu perdimento.

PRELIMINAR REJEITADA.

NEGADO PROVIMENTO. (BRASIL, 2009).

Na referida apelação, a defesa, inconformada com a decisão de 1º grau, arrazoando, alegou, preliminarmente, a nulidade do processo, argumentando que a prova foi obtida de forma ilícita, uma vez que ofendeu o princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar, pois o mandado judicial de busca e apreensão na residência da apelante teve cumprimento autorizado em horário vedado pela legislação.

Contudo, no tocante à nulidade levantada pela defesa, com excelência argumentou a Desembargadora Elba aparecida Nicolli Bastos:

Nenhum dispositivo constitucional se destina a acobertar o crime, constatado no presente caso, e, impedir a polícia de flagrar agentes em franca atividade de tráfico que buscam a noite e a residência para traficar. O que a polícia não pode é invadir a casa sem mandado, mas constatado que no interior da mesma está sendo praticado tráfico, de posse de mandado, ciente que se aguardar o amanhecer poderão desaparecer quaisquer sinais, admissível o ingresso. (BRASIL, 2009).

Dispôs ainda a relatora, em seu voto, que a ineficácia do flagrante poderia até ser oposta, caso não estivesse a polícia munida de mandado de busca e apreensão e não se encontrasse em curso, longa investigação que tentava desbaratar o tráfico praticado pela denunciada acobertada pelo “domicílio” e pela proteção conferida pela noite, horário normal em que desenvolvia o tráfico de drogas.

Diante do caso exposto, mais uma vez demonstra-se a tentativa dos infratores em se agasalhar nas garantias asseguradas pela Lei Maior, com o objetivo de não serem punidos e, conseqüentemente, continuar percorrendo a estrada do crime.

É verdade que não se pode hesitar com as garantias constitucionais, mas também, é verdade que elas não foram instituídas pelo Constituinte para proteger o crime e os criminosos. Deste modo, não pode ser obstáculo intransponível ao combate ao tráfico de drogas que destrói a sociedade, pois esta não é a finalidade das garantias e direitos, mas sim proteger o cidadão contra os abusos de poder e das autoridades e não permitir que criminosos a usem para violar a lei e a própria constituição.

Por fim, salienta-se que as garantias trazidas pela nossa Constituição Federal, tais como a inviolabilidade de domicílio, devem ser mitigadas conforme o interesse, pois se está em jogo o pessoal em confronto com o coletivo, e, deve-se optar pelo que, em uma escala de valores, é superior ao outro e, no caso o social prevalece, tornando-se lícito o arredamento da norma em determinadas situações.

CONCLUSÃO

O Estudo proposto teve como temática central o questionamento acerca da possibilidade ou não do cumprimento do mandado de busca e apreensão em horário noturno no combate ao tráfico de drogas a luz do art. 5º, inciso XI, da atual Constituição Federal. A abordagem do tema possui grande importância no âmbito jurídico, eis que versa sobre direitos e garantias fundamentais e normas de cunho processual penal que transcendem os interesses individuais das pessoas envolvidas em discussões deste gênero.

Ressalta-se, que as conclusões propostas são o resultado de reflexões iniciais, em virtude da falta, no direito processual penal brasileiro, de estudos mais aprofundados e extensos acerca dos institutos da busca e da apreensão.

Assim, primeiramente, conclui-se, que o direito, como experiência, demonstra que o respeito à casa e o cuidado na realização da busca e da apreensão surgem como exigências permanentes.

O legislador, em todos os tempos, como demonstrado, não deixou de proteger a casa do indivíduo. Contudo, a vigente Constituição da República foi além da proteção da casa, demonstrando ser descabido cuidar da busca e da apreensão no processo penal sem relacioná-las com os seguintes direitos fundamentais, assegurados, e de modo expresso, na Carta Magna: “integridade física e moral do indivíduo”, inviolabilidade da “intimidade e vida privada” e “inviolabilidade do domicílio”.

Ao conceituar o instituto da busca e da apreensão, assim como demonstrar sua natureza jurídica e finalidade, e, demais especificidades, mostrou-se necessário apontar os horários permissivos de sua atuação, os diversos critérios para definição do período referente ao dia, como também, o que se compreende na expressão “casa”.

Desde modo, verificou-se em um primeiro momento, que o mandado de busca e apreensão somente pode ser cumprido de dia, tendo em vista o mandamento constitucional elencado no inciso XI, do art. 5º da Lei Maior.

Contudo, ao aprofundar-se no tema proposto, compreendeu-se que os direitos fundamentais não surgem absolutos, podendo sofrer restrições em determinadas situações. Verificando-se, assim, que o exercício dos direitos

fundamentais, em certos casos concretos, deve ser conciliado com o poder-dever estatal de punir, como também, o de manter e restaurar a paz social.

Posteriormente, ao ser levantado sobre o crime de tráfico de drogas, especialmente na modalidade “guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio”, cuja classificação configura crime permanente, demonstrou-se pela doutrina que o flagrante delito, sob a ótica do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, dispensaria mandado judicial. Contudo, restou claro que este entendimento, embora majoritário, não é absoluto, pois demonstrou-se através de jurisprudências colacionadas que o flagrante permanente, sem mandado judicial, pode acabar viciando toda a ação dos policiais, contaminando também as provas colhidas, pois argumentou-se em tais julgados que a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio está acima da prisão em flagrante.

Neste sentido, mas sob uma perspectiva diferente, apontou-se ainda a possibilidade da configuração do crime de abuso de autoridade caso a tentativa de flagrar um delito permanente findasse negativa, caracterizando, portanto, violação de domicílio, conforme art. 3º, letra b, da Lei 4.898.

Por fim, ao ser trazido julgados no sentido de ser possível o cumprimento do mandado de busca e apreensão no horário noturno, especialmente, no que tange ao tráfico ilícito de entorpecentes, concluiu-se, que tal medida, embora conflituosa por parte de doutrinadores e julgadores, só tem a colaborar para uma possível diminuição no tráfico de drogas, tendo em vista que o preceito trazido no art. 5º, inciso XI, da nossa Lei Maior, tem por objetivo amparar o “cidadão de bem” de abusos e arbitrariedades que possam ser cometidas por autoridades, e não para proteger criminosos que se utilizam da noite para a prática do delito em tela.

Desta maneira, tendo em vista que os direitos fundamentais não surgem absolutos, deve-se fazer, diante de um caso concreto, um juízo de valores, sobrepesando qual interesse prevalece, se o coletivo ou o individual. Prevalecendo, como geralmente ocorre, o interesse coletivo – diga-se, a sociedade em face do infrator -, plenamente possível deve ser o afastamento da norma que agasalha o criminoso.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal – Tomo II**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Outorgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil:** Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido.** Habeas Corpus nº 298763, Brasília, Relator: Jorge Mussi, julgado em 07 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/Destaques/Manifestante-que-invadiu-gabinete-de-delegado-vai-responder-por-violacao-de-domicilio>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido.** Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1506 SP 1992/0001575-1, Brasília, Relator: Anselmo Santiago, julgado em 30 de junho de 1993. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/575073/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-1506>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de medida liminar.** Mandado de Segurança nº 23.595 DF, Brasília, Relator: Celso de Mello, julgado em 01 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14756312/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-23595-df-stf>>. Acesso em: 22 mai. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido.** Apelação nº 0020153-57.2006.8.26.0224, Sétima Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Francisco Menin, julgado em 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4957894&cdForo=0>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido.** Apelação nº 0011071-38.2009.8.26.0566, Quarta Câmara

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido.** Habeas Corpus nº 70051883205, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Lizete Andreis Sebben, julgado em 29 novembro de 2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=busca+apreens%E3o+noturno&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido.** Habeas Corpus nº 0 95.02.22528-7, Terceira Turma, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Relator: Valmir Peçanha, julgado em 14 de novembro de 1995. Disponível em:

<<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/680049/habeas-corpus-hc-0>>. Acesso em: 17 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal em face da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003-a.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003-b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Fátima. **Como funciona o tráfico de drogas.** Disponível em:
<<http://pessoas.hsw.uol.com.br/trafico-de-drogas.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2014.