

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CAMPUS GOVERNADOR VALADARES
CURSO DE DIREITO

AKYLLA BECKMAN RIBEIRO

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A
BUSCA E APREENSÃO

Governador Valadares

2021

AKYLLA BECKMAN RIBEIRO

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR E A
BUSCA E APREENSÃO**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora Campus Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Dr. Mario Cesar Andrade.

**Governador Valadares
2021**

FOLHA DE APROVAÇÃO**AKYLLA BECKMAN RIBEIRO****A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A
BUSCA E APREENSÃO**

Artigo apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *Campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Mario Cesar da Silva Andrade
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Prof. Dr. Bráulio de Magalhães Santos
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Prof. Me. Renato Bonifácio dos Santos
IESGE-instituto de Ensino e Gestão Educacional

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Governador Valadares, 03 de setembro de 2021.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar como os mandados de busca e apreensão podem comprometer o princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar. Inicialmente, busca-se evidenciar a importância dos direitos e garantias fundamentais, enfatizando a classificação da inviolabilidade do domicílio neste rol. Em seguida, apresenta-se a definição do que seja casa - ou domicílio -, a fim de viabilizar a análise do controle de legalidade das buscas. Posteriormente, analisa as exceções constitucionalmente previstas à inviolabilidade de domicílio, enfatizando a hipótese de violação resultante de autorização judicial. Então, são apresentadas as diferenças entre os institutos da busca e da apreensão, enfocando na definição das hipóteses de cabimento e o procedimento da execução da medida frente ao direito à inviolabilidade domiciliar na Constituição Federal de 1988. Ainda, analisa-se a possibilidade de responsabilização do agente estatal nas situações de desrespeito à inviolabilidade domiciliar. O presente estudo será realizado através de pesquisa qualitativa, bibliográfica, com o intuito de refletir acerca do tema proposto, utilizando-se dos meios disponíveis para tal finalidade, quais sejam, doutrina, artigos e entendimentos jurisprudenciais. Conclui que o instituto da busca e apreensão é imprescindível para a persecução penal, contudo, eventuais provas produzidas a partir de busca e apreensão ilegal não serão admitidas no processo, visto que obtidas em violação à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Exceções à inviolabilidade. Mandado de busca e apreensão.

ABSTRACT

This paper aims to analyze how search and seizure warrants can compromise the constitutional principle of home inviolability. Initially, it seeks to highlight the importance of fundamental rights and guarantees, emphasizing the classification of the inviolability of the household in this list. Then, it presents the definition of what is home- or domicile-, in order to make an analysis about the control of the legality of searches feasible. Subsequently, it analyzes the constitutionally foreseen exceptions to the inviolability of the home, emphasizing the hypothesis of violation resulting from judicial authorization. Then, it presents the differences between the search and seizure institutes, focusing on the definition of what would be search, as well as on the hypotheses of suitability and on the procedure for the execution of the measure regarding the right to home inviolability in face of the 1988 Federal Constitution. , brings up the possibility of the state agent being held responsible in situations of disrespect to the precepts of home inviolability. This study will be carried out through qualitative, bibliographic research, with the aim of reflecting on the proposed theme, using the means available for such purpose, namely, doctrine, articles and jurisprudential understandings. It concludes that the search and seizure institute is essential for criminal prosecution, however, any evidence produced from illegal search and seizure will not be admitted in the process, since obtained in violation of the constitutional guarantee of inviolability of the home.

Keywords: Inviolability of home. Exceptions to inviolability. Search and seizure warrant.

SUMÁRIO

1.		INTRODUÇÃO
13		
2 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS		
14		
	2.1 NOÇÃO DE DOMICÍLIO E COMPREENSÃO DO TERMO CASA.	
15		
	2.2 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
17		
	2.3 EXEÇÕES CONSTITUCIONAIS À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO.	
18		
3 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR FRENTE À BUSCA E APREENSÃO.		
19		
	3.1 A BUSCA E APREENSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.	
20		
	3.2 A BUSCA DOMICILIAR E A ILCITUDE DA PROVA.	
22		
	3.3 A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE SOB O ESPECTRO DA BUSCA DOMICILIAR	25
4		CONCLUSÃO
28		
5		REFERÊNCIA
30		

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um estudo acerca do instituto da busca e apreensão, em consonância com a Constituição Federal de 1988, uma vez que, para que a medida em estudo seja processualmente admissível, requer a observância ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio no que tange à busca domiciliar, bem como da proteção à integridade física e moral do indivíduo, no que diz respeito à busca pessoal, sendo ambas as modalidades sujeitas à proteção à intimidade e à vida privada.

Tal estudo apresenta grande relevância na medida em que o crescente aumento da criminalidade faz com que buscas e apreensões ilegais sejam recorrentes, como tentativa de reprimi-la, sendo muitas vezes realizadas com violação a direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos indivíduos. Nessa perspectiva, qualquer indivíduo, enquanto titular do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, está sujeito a sofrer violações dessa garantia em vista à inobservância pelo agente público das hipóteses autorizadoras do ingresso em domicílio alheio.

O referido questionamento permitirá, por sua vez, demonstrar a imprescindibilidade do cumprimento dos requisitos do mandado de busca e apreensão para que seja preservado o direito à inviolabilidade do domicílio.

A pesquisa vale-se de fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais.

O texto é composto por dois capítulos. Desta forma, o primeiro capítulo trata da inviolabilidade domiciliar no rol de direitos e garantias fundamentais, no qual será apresentado a noção conceitual de *domicílio*, além das definições do termo *casa*, para que melhor se compreenda o alcance da garantia da inviolabilidade. Em seguida, se fará uma análise acerca das exceções constitucionais à inviolabilidade de domicílio, demonstrando, nesse ponto, que o mesmo não se trata de um direito absoluto.

Já no segundo capítulo, será analisado o princípio da inviolabilidade domiciliar frente ao instituto da busca e apreensão, enfocando os procedimentos previstos na legislação processual penal acerca do instituto, bem como os efeitos da execução da medida de busca domiciliar em inobservância aos procedimentos legais, enfatizando, nesse aspecto, a ilicitude da prova e a possibilidade de responsabilização do agente estatal.

2 INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar se destaca como importante garantia à proteção da dignidade e da privacidade de cada indivíduo, relacionando-se intimamente, portanto, com outros direitos fundamentais. Este direito tutela o espaço íntimo da pessoa, garantindo que o mesmo não seja invadido sem que haja o consentimento do morador, ou, sem o amparo de uma das hipóteses constitucionalmente previstas.

Conforme refere Puccinelli Júnior (2012, p. 192, apud MANFIO, 2018):

O termo ‘direitos fundamentais’ tem o mérito de aludir só às prerrogativas absorvidas pela ordem jurídico-positiva e de indicar a importância delas na oportunização de vida digna a todos os seres humanos, além de fruir da predileção do constituinte originário que optou expressamente por essa terminologia. (MANFIO, 2018, p. 16).

Ressalta-se que, a afirmação dos direitos fundamentais no direito constitucional é fruto das mudanças que ocorreram ao longo da história, visto que nem sempre foram reconhecidos ou positivados de forma expressa. Assim, os direitos vão se transformando em cada época, criando uma sedimentação às gerações futuras, bem como a sua forma e imperativos (MENDES; BRANCO, 2017).

As mudanças histórico-sociais foram primordiais para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais como núcleo da proteção da dignidade humana. Todavia, não obstante a possibilidade de que os direitos fundamentais sejam restringidos nas situações em que ocorra eventual conflito entre dois ou mais direitos ou garantias dessa natureza, em hipótese alguma se permitirá que seu núcleo seja atingido, tendo em vista a garantia de sua essência.

Conforme explica Xavier (2004):

A classificação da inviolabilidade no quadro de direitos e garantias fundamentais é complicada, face às inúmeras classificações adotadas pelos autores, que usam os mais variados critérios, e também pelo fato de não existir uma uniformidade no tratamento dos direitos fundamentais, que são designados como direitos naturais, direitos humanos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, etc. (XAVIER, 2004, p. 12)

A respeito da distinção entre direitos e garantias fundamentais, enquanto os direitos referem-se a disposições meramente declaratórias, as garantias são disposições assecuratórias que limitam o poder, em defesa dos direitos, sendo possível a fixação de ambos na mesma disposição constitucional.

Logo, enquanto os direitos são bens e vantagens previstos na Constituição, as garantias são o instrumento através do qual os direitos serão tutelados, ou, reparados, nas

ocasiões em que forem violados. Ao observar o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é possível notar a existência da garantia de que ninguém deve entrar no domicílio da pessoa sem a sua autorização. Todavia, há as devidas exceções, tais como a prestação de socorro e flagrante delito (XAVIER, 2004).

Assim, o direito à inviolabilidade de domicílio tem como finalidade precípua a garantia da proteção à vida privada, bem como à intimidade da pessoa, não sendo permitido, para tanto, a intromissão de outrem em espaço exclusivamente seu.

2.1 Noção De Domicílio E Compreensão Do Termo Casa

A Constituição de 1988 consagrou em seu artigo 5º, inciso XI, o direito à inviolabilidade domiciliar, 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". Todavia, não foi apresentada uma definição do que seja o termo casa, sendo atribuída ao intérprete a tarefa de compreender o alcance dessa expressão, bem como de diferenciá-la do termo domicílio.

As expressões casa e domicílio são tomadas como equivalentes, contudo, insta salientar que o termo casa, presente no dispositivo supracitado, apresenta sentido mais amplo que o conceito de domicílio, muito embora não haja uma definição legal da expressão. Partindo desse pressuposto, conforme leciona Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017):

Muito embora a Constituição Federal não tenha utilizado a expressão "domicílio", substituindo-a por "casa", os termos hão de ser tomados como equivalentes, pois a proteção do domicílio, em que pese alguma variação encontrada no direito comparado no que diz com sua amplitude e eventuais pressupostos para sua restrição, é tomada em sentido amplo e não guarda relação necessária com a propriedade, mas, sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 455).

Ademais, a definição da expressão *domicílio* apresenta variações em relação às diferentes áreas do direito.

No que se refere ao direito civil, o Código Civil, em seus artigos 70 e 72, limitou-se a reconhecer como domicílio o local onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo, considerando, ainda, o local onde exerce sua profissão. Nesse sentido, o domicílio diz respeito ao local em que o indivíduo estabelece sua morada com a intenção de ali permanecer, desconsiderando-se interpretações mais amplas referentes ao termo.

Relativamente ao Direito Penal, a noção de casa - ou domicílio - é extraída do artigo 150, § 4º, do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual prevê os crimes contra a inviolabilidade de domicílio. Vejamos:

[...]

§ 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.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

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

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Nesse sentido, o domicílio é interpretado pela doutrina em maiores possibilidades, além do que determina o Código Civil de 2002, no artigo 70. Então, equipara-se domicílio ao local em que vive a pessoa, incluindo o quintal, o quarto de hotel devidamente ocupado, o local de trabalho, o consultório ou escritório profissional, bem como outros lugares fechados com o objetivo de moradia de uma pessoa (NUCCI, 2020).

Assim, a definição do termo casa apresenta-se de forma mais ampla na legislação penal comparando-se ao conceito adotado no direito civil, uma vez que confere proteção a qualquer lugar que seja habitado por alguém, ainda que em caráter eventual ou precário, não sendo necessária a presença de seus moradores (NUCCI, 2017).

Nessa linha, a doutrina compreende o termo casa como o espaço da pessoa, abarcando o local em que trabalha e o espaço de lazer em um clube. Ou seja, o domicílio se trata de espaço externo para a criação das atividades da vida com a pretensão de excluir terceiros (MENDES; BRANCO, 2017).

Nesse pressuposto, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que o domicílio refere-se a uma extensão conceitual mais ampla, abrangendo até mesmo o local onde a pessoa exerce seu labor, desde que se trate de um ambiente fechado ou cujo acesso seja restrito ao público.

Portanto, em termos constitucionais, o conceito de casa refere-se a todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de forma exclusiva, mesmo que não seja em caráter definitivo (MENDES; BRANCO, 2017), sendo importante compreendê-lo a fim de se estabelecer um parâmetro para o controle da legalidade das buscas realizadas diante das exceções constitucionais à inviolabilidade.

2.2 Inviolabilidade De Domicílio À Luz Da Constituição Federal De 1988

O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, tal direito assegura que ninguém penetre em domicílio alheio, salvo se houver consentimento do morador, ou se presente alguma das cinco hipóteses previstas na Constituição.

À vista disto, o domicílio enquanto inviolável pode ser entendido de modo a garantir a privacidade e a intimidade da pessoa. Isto é, tem como objetivo assegurar um local sem a intromissão de terceiros e, conseqüentemente, desfrutar do espaço e privacidade. No entanto, sempre considerando as exceções indicadas na Constituição Federal de 1988 (MANFIO, 2018).

Nessa acepção, faz-se necessário tecer uma breve análise acerca das circunstâncias autorizativas para a entrada em domicílio alheio, expressamente previstas no texto constitucional. Saliente-se que, a exceção à inviolabilidade mediante determinação judicial será examinadas de forma minuciosa em capítulo próprio.

2.3 Exceções Constitucionais À Inviolabilidade Domiciliar

Consoante Mendes e Branco (2017, p. 292), a Constituição estabelece exceções à inviolabilidade de domicílio, evidenciando que este direito não é absoluto, visto que a entrada em domicílio alheio torna-se lícita se realizada frente a uma das circunstâncias previstas no texto constitucional.

Além do consentimento do morador, somente é permitido que alguém adentre em residência alheia, durante o período da noite, nas hipóteses expressas no artigo 5º, inciso XI, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), quais sejam em situação de flagrante delito, de desastre, ou para prestar socorro. Ainda, durante o dia, além das hipóteses mencionadas, é possível que a relativização ocorra por determinação judicial.

O flagrante delito ocorre na situação de prática de crime ou contravenção penal, de tal modo que, nessa circunstância, é permitido que o ingresso em casa alheia ocorra a qualquer momento. Assim, na situação em que um agente acaba de praticar um delito e, ao ser perseguido pela polícia, refugia-se em sua casa, a eventual entrada dos policiais no local para proceder à sua abordagem será considerada lícita. Contudo, convém ressaltar que, uma vez quebrada a situação flagrancial, a invasão não é mais permitida.

Conforme elucidada Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017):

No primeiro caso, embora as hipóteses de flagrante delito estejam definidas na legislação (o ingresso no domicílio se legitima apenas quando e se configurada a

figura do flagrante), nem todas as situações se revelam tão claras e reclamam contextualização e adequada interpretação. Possivelmente a hipótese mais recorrente seja a da configuração da flagrância nos casos dos assim chamados crimes permanentes, como se dá no tráfico de drogas, quando o estado de flagrância se protraí no tempo. Aqui, o STF consolidou o entendimento de que, embora o flagrante delito legitime o ingresso, sem mandado judicial e a qualquer hora, no domicílio, há que ocorrer o controle jurisdicional posterior, sem o qual restaria esvaziada a correspondente garantia constitucional. Assim, os agentes estatais devem demonstrar a ocorrência de elementos mínimos caracterizadores do flagrante, de modo a justificar a medida – no caso, fundadas razões de que no interior da casa esteja ocorrendo um flagrante delito.

Ademais, a Constituição ampara o ingresso nas situações de desastre ou para prestar socorro. Quanto ao desastre, deve se tratar de episódio que ameace e ponha em perigo a saúde ou a vida dos moradores da casa. Em relação à prestação de socorro, não pode ocorrer a qualquer pretexto, sendo válido somente nas situações em que o indivíduo esteja correndo sério risco de vida e que, por essa razão, esteja impossibilitado de chamar por socorro.

Em caso de desastre natural é possível o ingresso no domicílio para salvar a vida de quem lá reside, pois sofre perigo de vida ou de saúde. Desta forma, há proteção constitucional de entrada de terceiros em domicílio alheio (MENDES; BRANCO, 2017).

Cabe salientar, ademais, que, durante o dia, somente é permitida a entrada no domicílio de outrem, sem que haja o consentimento do morador, mediante autorização judicial, cabendo ao magistrado analisar o cabimento do instituto diante de cada caso concreto.

Trata-se de uma *reserva absoluta de jurisdição*, tendo em vista que o poder de determinar o ingresso na esfera domiciliar concentra-se nas mãos da autoridade judiciária, de tal modo que qualquer outra espécie de permissão será considerada inconstitucional.

Nessa linha, trataremos adiante de forma mais aprofundada sobre a hipótese de restrição à inviolabilidade domiciliar constitucionalmente expressa, qual seja por determinação judicial, enfatizando o instituto da busca e apreensão.

3 INVIOABILIDADE DOMICILIAR FRENTE À BUSCA E APREENSÃO

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, preceitua que, fora as hipóteses de consentimento do morador, de desastre ou para prestar socorro, a autoridade policial poderá adentrar em domicílio de terceiros somente em decorrência de flagrante delito, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988). Essa previsão constitucional representa uma nítida relativização do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar.

Destarte, o instituto da busca e apreensão é fruto dessa relativização, caracterizando-se como meio de obtenção de prova de caráter acautelatório, autorizado somente diante de uma das hipóteses de restrição à inviolabilidade do domicílio expressas no dispositivo supracitado, qual seja, mediante determinação judicial, a qual deverá ser executado em estrita conformidade com os preceitos e princípios dispostos na Constituição Federal.

Para Sarlet e Neto (2013):

Para além da paráfrase do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, é de recuperar que a regra é a inviolabilidade (a casa como asilo do indivíduo), restringindo-se a tutela constitucional naqueles casos elencados no próprio dispositivo, que funcionam, então, como elementos excepcionais, como tais devendo ser interpretados e aplicados, sempre em harmonia com o programa normativo, que é de proteção do indivíduo. Vale dizer que, se há limites ao direito fundamental em tela, e há, também há limites para tais limites, de maneira que não reste esvaziado o conteúdo garantista do preceito. (SARLET; NETO, 2013, p. 554).

A respeito da busca e apreensão, há legislação expressa regulando os requisitos que devem ser preenchidos e analisados pela pessoa julgadora, a fim de atender a medida cautelar. Caso contrário, terá tida como ilegal, pois contradirá o instituto jurídico da proteção domiciliar (MANFIO, 2018).

Portanto, a análise do instituto da busca e apreensão demanda cautela, tendo em vista que mesmo nos casos em que a medida tenha sido judicialmente autorizada em conformidade com os requisitos estabelecidos na legislação processual penal, devem ser preservadas as garantias constitucionais da inviolabilidade de domicílio e da privacidade, durante sua execução, a fim de que a medida seja lícita desde sua expedição até seu cumprimento.

3.1 Busca E Apreensão No Código De Processo Penal

O Código de Processo Penal brasileiro dispõe sobre a busca e apreensão no Capítulo XI do Título VI (Da Prova) do Livro I (BRASIL, 1941).

A natureza jurídica da busca e apreensão é tema controverso, ora classificado pela doutrina como meio de prova, ora como instrumento de sua obtenção, ora como coação processual penal lícita (XAVIER, 2004).

Fernando Capez (2016) destaca que a natureza jurídica da medida de busca e apreensão é meio de prova, para a lei e, de natureza acautelatória e coercitiva, para a doutrina, destinada a impedir o perecimento de coisas e pessoas”.

Na lição de Lima (2017):

Conquanto a busca e apreensão esteja inserida no Código de Processo Penal como meio de prova (Capítulo XI do Título VII), sua verdadeira natureza jurídica é de meio de obtenção de prova (ou de investigação da prova). Isso porque consiste em um procedimento (em regra, extraprocessual) regulado por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que pode ser realizado por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). (LIMA, 2017, p. 724).

Ainda a esse respeito, aduz Avena (2020) que o instituto da busca e apreensão pode assumir natureza de meio de prova ou de caráter assecuratório de direitos, a depender do caráter de que venha a se revestir a medida.

Destarte, o entendimento majoritário por parte da doutrina é no sentido de que busca e apreensão é medida cautelar assecuratória das provas do crime, realizado com vistas a impedir que estas desapareçam enquanto forem úteis ao processo.

A busca e a apreensão, muito embora se tratem de institutos distintos, tendo em vista suas peculiaridades, sempre caminham juntos, na medida em que consistem em atos realizados com o fito de encontrar coisa ou pessoa, para apreendê-la, conforme se depreende do artigo 240 e ss, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A busca é compreendida como atos de diligências, a fim de investigar e descobrir materiais ou pessoas que podem ser usados no inquérito policial, assim como no processo judicial penal. Já a apreensão, é compreendida pelo ato de retirar algo, normalmente na posse de alguém ou em algum lugar, no objetivo de usá-la como prova ou para assegurar direitos (AVENA, 2020).

Para Lima (2020), a busca não se confunde com a apreensão:

A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial. (LIMA, 2020, p. 793).

Nesse sentido, importa ressaltar que a apreensão poderá sim ocorrer sem que tenha havido busca, como no caso em que o suspeito entrega o objeto alvo da busca, voluntariamente. Além disso, é possível que ocorra a busca sem que esta resulte em apreensão, na hipótese em que nada de ilícito seja localizado durante as buscas.

Assim, muito embora seja conferido tratamento unificado entre a busca e apreensão, quer seja pelo fato de que foram regulados de forma unitária, quer seja porque a apreensão em muitos casos se resulta da busca, importante frisar que, não necessariamente, uma importará na outra. Tratam-se, como se viu, de institutos complexos e distintos, possuindo cada um deles suas especificidades, não cabendo confundi-los.

Não obstante isso, no tocante à sua finalidade, a doutrina agregou os dois institutos. A busca é tida como em busca de algo. Ao ser encontrado será apreendido, naturalmente. Assim, a busca é um instrumento para encontrar documentos, objetos, armas, de acordo com o artigo 240, do Código de Processo Penal (JÚNIOR, 2020).

Outrossim, o Código de Processo Penal disciplina a finalidade da busca em seu artigo. 240. Veja-se:

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 à 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;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior. (BRASIL, 1941)

Nesses termos, a busca tem por finalidade encontrar pessoas, coisas, instrumentos e demais elementos relacionados ao delito, a fim de que se torne possível a sua elucidação. Saliente-se que, para que cumpra sua finalidade, faz-se imprescindível que a busca seja realizada em relação a pessoa determinada e em lugar certo.

3.2 Busca Domiciliar E Ilicitude Da Prova

Conforme mencionado, a garantia da inviolabilidade de domicílio vai além de um viés puramente constitucional, de sorte que sua matéria reflete em outras esferas do Direito, tendo

em vista a garantia de que os elementos probatórios sejam produzidos sem violação aos direitos fundamentais da pessoa.

Nesse aspecto, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 240, duas modalidades de busca: a pessoal e a domiciliar.

Cumpra registrar que a busca pessoal se refere à diligência concernente à revista de pessoa, com vistas à apreensão dos objetos referidos no dispositivo supracitado. Ademais, a licitude dessa espécie de busca está condicionada à fundada suspeita de que o sujeito alvo da busca esteja na posse de objeto ilícito. Assim, nessa hipótese, bem como no caso de prisão ou, ainda, quando a busca pessoal se concretizar por ocasião da busca domiciliar, a busca pessoal não dependerá de autorização judicial para que seja considerada válida e passível de ser utilizada como elemento probatório.

Outrossim, conforme já mencionado, a busca domiciliar encontra respaldo no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, o qual estabelece as circunstâncias em que a garantia da inviolabilidade domiciliar é permitida. Da mesma maneira, consonante ao que estabelece o texto constitucional, o Código de Processo Penal estabelece limites à busca domiciliar, ao determinar que esta seja realizada durante o dia, por determinação judicial.

Por seu turno, entende-se por busca domiciliar quando realizada em residência, aposentos, habitação coletiva, local de trabalho, quartos de hotel, devidamente habitados, são todos protegidos pela inviolabilidade de domicílio (PACELLI, 2020).

Ressalte-se que, a despeito de parte da doutrina considerar o rol do artigo 240 do CPP, - referente às situações que permitem a busca e apreensão - como sendo taxativo, prevalece o entendimento de que se trata de rol exemplificativo, na medida em que não há impedimento de que outras hipóteses semelhantes sejam vislumbradas (NUCCI, 2017).

Inicialmente, importa ressaltar que a busca poderá ser determinada por iniciativa da autoridade judicial, de ofício, bem como a requerimento de qualquer das partes (art. 242, CPP).

A busca e a apreensão podem ser realizadas durante a investigação policial, independente de já haver inquérito, em fase judicial ou durante a execução da pena.

Ademais, sem que tenha havido o consentimento do morador, situação de flagrante delito, bem como de desastre ou para o fim de prestar socorro, a busca domiciliar somente poderá ser realizada durante o dia, pela autoridade judiciária, ou mediante ordem judicial expedida por mandado. Todavia, esta ordem poderá ser emanada desde que devidamente fundamentada com base em motivos concretos e, não em mera suspeita, a fim de que sejam preservadas as garantias e direitos fundamentais da pessoa.

Segundo Júnior (2020), são indispensáveis para a execução da busca domiciliar:

- a) ordem judicial escrita e fundamentada, como qualquer medida cautelar restritiva de direitos (art. 5º, XI, CF);
- b) indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP);
- c) cumprimento da diligência durante o dia, salvo se consentida à noite, pelo morador;
- d) o uso de força e o arrombamento somente serão possíveis em caso de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou de qualquer pessoa no local (art. 245, §§ 3º e 4º).

Portanto, diferentemente da busca pessoal, que pode ser determinada diante de fundadas suspeitas, a busca domiciliar somente poderá ser autorizada com base em fundadas razões (art. 240, § 1.º, do CPP), isto é, por motivação concreta e respaldada em fortes indícios que justifiquem a imprescindibilidade da diligência.

Outrossim, nos casos em que a medida não for realizada pela própria autoridade judicial, – hipótese em que se dispensa o mandado - é necessário que a diligência seja realizada mediante mandado judicial, o qual deve conter os requisitos previstos no artigo 243 do CPP.

Assim, o mandado deverá indicar com precisão, a casa em que a diligência será realizada, o nome do proprietário ou morador, bem como mencionar o motivo e os fins da medida. Além disso, deve o referido instrumento ser subscrito pelo escrivão e conter a assinatura da autoridade competente. Saliente-se que, tais requisitos são imprescindíveis para evitar que o mandado seja genérico e impreciso, bem como que ocorra violação a direitos fundamentais dos moradores, pelos agentes executores da medida.

A esse respeito, Júnior (2020) pondera:

Portanto, diante de um pedido de busca e apreensão, deve o juiz restringir a finalidade do ato, tendo por base a lógica correlação existente entre a natureza da infração e o tipo de prova. Ou seja, se a busca é pela arma utilizada no crime, a apreensão de um computador não está na linha lógica da prova necessária para esse tipo de delito. Assim, somente os objetos verdadeiramente necessários e úteis à prova é que podem ser apreendidos. (JÚNIOR, 2020).

Entende-se a regra da seguinte forma: o mandado deve conter o que se procura e a sua motivação. Assim, evita o desvio da finalidade da diligência e a exposição da privacidade da pessoa que sofre a constrição (NUCCI, 2017).

Na hipótese em que o morador da residência alvo da busca ofereça resistência à execução da medida, permite-se o ingresso forçado por parte dos agentes responsáveis pela

diligência. Da mesma maneira, caso o morador esteja ausente durante a busca, pode haver o arrombamento da porta, além do uso da força para efetuar-la, conforme estabelece os §§ 2º e 3º, do art. 245 do CPP (BRASIL, 1941).

Cumprida a diligência, seus executores lavrarão o auto, exigindo-se a assinatura de duas testemunhas presenciais que tenham acompanhado a realização da busca (art. 245, § 7º, CP).

Frise-se que, a busca e apreensão realizada mediante autorização judicial somente poderá ser executada durante o dia, salvo nas situações em que o morador consinta que se proceda à noite, conforme expresso na Constituição Federal.

Sobre o assunto, é relevante notar que não há um entendimento unânime acerca do que se entende por *dia* e *noite*. Destarte, é importante compreendê-lo tanto quanto as regras processuais penais expostas até aqui, tendo em vista que eventuais provas resultantes da busca, colhidas fora do período aludido, serão consideradas ilícitas. Leciona Júnior (2020):

Pensamos que o melhor nessa matéria é a aplicação analógica do art. 212 do CPC, sendo considerado noite o período compreendido entre 20h e 6h. Logo, o mandado judicial de busca deve ser cumprido entre 6h e 20h, sendo que, iniciado nesse marco temporal, nada impede que se prolongue noite adentro. O que importa é que o início do cumprimento do ato se dê nesse intervalo.

A esse respeito, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017) entendem que, independente do critério que se adote, deve prevalecer o da máxima proteção do direito fundamental autônomo e da segurança jurídica, desde que seja preservado o espírito da Constituição Federal de que o ingresso deve ocorrer durante o dia.

Importa salientar, ademais, no que tange aos procedimentos concernentes à medida, que os instrumentos do crime, bem como os objetos apreendidos por ocasião da busca, que interessarem à prova, acompanharão os autos do Inquérito Policial (art. 11, CPP) (BRASIL, 1941).

Assim sendo, na hipótese de inobservância às regras que regulam o instituto, por parte dos agentes responsáveis pelo seu cumprimento, ocorrerá a contaminação das provas eventualmente produzidas por ocasião da diligência, razão pela qual serão consideradas ilícitas e, por conseguinte, não poderão integrar o processo.

De acordo com Avena (2020), são “ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuam conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário, ainda, que essa violação acarrete, direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou a princípio constitucional”.

Outrossim, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, LVI que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo (BRASIL, 1988). Consoante a isso, o Código de Processo Penal estabelece que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas (art. 157) (BRASIL, 1941).

Sarlet e Neto (2013) a respeito:

Assim que a inadmissibilidade de provas ilícitas, que devem ser desentranhadas do processo, na esteira do art. 157 do CPP, é concreto desafio ao controle judicial posterior apto a expurgar as provas produzidas com violação ou restrição desproporcional a direitos fundamentais. Vale dizer, só devem subsistir, a amparar o provimento jurisdicional, provas produzidas de acordo com as regras do jogo. À látera e empiricamente, pensamos que a efetividade do sistema penal passa muito pelo aperfeiçoamento da colheita da prova, por razões de eficiência e justiça. (SARLET; NETO, 2013, p. 555).

Portanto, as provas obtidas fora das exceções previstas no texto constitucional, no que se refere ao direito fundamental da inviolabilidade de domicílio, não podem ser integradas ao processo, ou, se já integradas, devem ser desentranhadas, visto se tratar de prova contaminada e ilícita, sendo este o entendimento jurisprudencial dominante.

Nos casos de violação, além da ineficácia da diligência, poderão os agentes ser responsabilizados, conforme veremos no próximo item.

3.3 Responsabilização Do Agente Sob O Espectro Da Busca Domiciliar

O instituto da busca e apreensão domiciliar é amparado constitucionalmente, de tal forma que a inobservância a seus ditames pelos agentes responsáveis por sua execução poderá ocasionar a responsabilização dos mesmos.

Sarlet e Neto (2013) sustentam que:

O ambiente vital, que confere horizonte de sentido à ordem jurídica em análise, é o Estado democrático de direito, que procura conciliar os dois corações do atual Estado Constitucional, o princípio majoritário (governo da maioria, com soberania popular), e a proteção aos direitos e garantias fundamentais, inclusive da minoria. Em traço largo, afirmados constitucionalmente os direitos fundamentais, limitá-los e restringi-los é tarefa cometida, a priori, ao legislador e, na dinâmica social, ao Poder Judiciário - em ambos os casos, mediante atenção aos critérios da proporcionalidade, não sendo demais lembrar que a dogmática da proibição de excesso decorre da necessidade de estabelecer parâmetros racionais de controle ao exercício do poder de polícia administrativo, questão datada e localizada nos estados germânicos ao longo do século XIX. Daí a noção de reserva de jurisdição para restrição de direitos fundamentais, nomeadamente as intervenções restritivas do processo penal. (SARLET; NETO, 2013, p. 554-555)

Os direitos à intimidade e à vida privada, no que se refere aos bens e pertences que a pessoa possui no interior de sua casa, protegem o espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, e contra eventuais arbitrariedades (MORAES, 2020).

Além da hipótese em que o próprio morador permite a entrada de terceiros em seu domicílio, a relativização também será legal nas demais hipóteses constitucionalmente previstas – no período da noite ou dia - conforme já exposto. Frise-se que, no tocante à exceção de violação mediante determinação judicial prévia, somente será permitida após expedido o *mandado de busca e apreensão* pela autoridade competente, a ser executado em estrita conformidade com seus termos, bem como em observância aos procedimentos estabelecidos pela lei processual penal.

Contudo, não raro, ocorrem situações em que os agentes incumbidos pela execução da busca, ultrapassam os limites de sua atribuição, violando direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido, Moraes (2020) alude:

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1o, III), com o direito à honra, intimidade e vida privada (CF, art. 5o, X) utilizar-se, em desobediência expressa à autorização judicial ou aos limites de sua atuação, de bens e documentos pessoais apreendidos ilícitamente acarretando injustificado dano à dignidade humana autorizando a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta e responsabilização penal. (MORAES, 2020).

Nessa linha, o artigo 150 do Código Penal incrimina conduta eventualmente praticada por agente, que resulte em violação de domicílio. Ainda, nos termos do que estabelece o § 2º do dispositivo supracitado, caso a violação seja cometida por funcionário público, em inobservância a previsão legal ou com abuso de poder, incorre em um aumento de um terço de sua pena.

Sobre a questão, pondera Nucci (2017, p. 919) que “não estando o funcionário sob o amparo legal, deve responder pelo crime, com a pena agravada, justamente por se tratar de funcionário agindo em nome do Estado, que deve primar pelo respeito à lei”.

Faz-se necessário abordar, ainda, que o entendimento atual adotado pelo Supremo Tribunal Federal de forma vinculante é de que a licitude da entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, ainda que em período noturno, está condicionada à existência de fundadas razões, que justifiquem o ato, indicando que dentro da casa ocorre uma situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente, e da nulidade do ato.

Nesse aspecto, não obstante o termo “fundadas razões” esteja previsto no artigo 240 do CPP, o legislador processual penal não trouxe uma definição do que seria, gerando uma relativização quanto à exigência constitucional indicada no art. 5º, XI. Ainda, deu margem

para que o abuso de autoridade ocorra, tendo em vista a discricionariedade que o policial passou a dispor na execução da medida.

Noutro giro, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) estabelece que as buscas domiciliares serão executadas durante o 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 (art. 245).

Assim, no caso em que o agente estatal, no exercício de sua função, ultrapassar os limites previstos em lei, configura-se abuso de autoridade, nos termos do art. 22, da Lei 13.869/19:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO)

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre. (BRASIL, 2019).

Vale ressaltar que, conforme se depreende do dispositivo supracitado, qualquer agente estatal que invadir, adentrar ou permanecer em imóvel alheio ou suas dependências, contra a vontade do ocupante, sem determinação judicial ou fora das circunstâncias estabelecidas em lei, incorrerá em abuso de autoridade por ferir a garantia de inviolabilidade domiciliar.

Observa-se, ainda, que ao invadir o domicílio de outrem em desconformidade com as regras pertinentes e, na condição de agente público, incorre o autor em abuso de autoridade (art. 22), tendo em vista a especialidade desta norma em relação à previsão do artigo 150, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Do exposto, é relevante notar a importância da atuação do agente público para a formação do arcabouço probatório, visto que participa desde a fase pré-processual, contribuindo de forma efetiva para o deslinde do processo. Contudo, faz-se necessário que o mesmo atue em estrita observância às formalidades legais com vistas à garantia dos direitos fundamentais da pessoa, sob pena de incorrer nas sanções cabíveis por abuso de autoridade.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a apresentar uma abordagem acerca do direito da inviolabilidade do domicílio frente ao instituto da busca e apreensão, concluindo-se que a inviolabilidade se destaca como uma importante garantia, na medida em que protege a dignidade e a privacidade da pessoa, assegurando que seu espaço íntimo não seja invadido sem que haja seu consentimento, ou, sem o amparo de uma das hipóteses constitucionalmente previstas. Nesse aspecto, considerando tais exceções, não cabe tratar a inviolabilidade domiciliar como um direito absoluto.

No tocante à permissão de ingresso em domicílio alheio, há uma reserva absoluta de jurisdição, haja vista que, sem o consentimento do morador, somente é permitida a entrada em domicílio alheio, no período do dia, mediante autorização judicial, sendo qualquer outra espécie de permissão, inconstitucional. Assim, cabe ao magistrado, diante de cada caso concreto, analisar o cabimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, em estrita observância às regras estabelecidas no Código de Processo Penal, devendo ser aplicado somente se for imprescindível para a elucidação dos fatos.

Ademais, a fim de que sejam preservados as garantias e direitos fundamentais da pessoa e, considerando que a busca e apreensão trata-se de medida que restringe o pleno exercício do direito fundamental, determina a lei processual penal que a mesma somente poderá ser autorizada se devidamente motivada, com base em fundamentos concretos, e não em mera suspeita.

Dentro desse contexto, frise-se que a inobservância por parte dos agentes estatais responsáveis por executar a determinação judicial de busca, quanto às regras que regulam o instituto, poderão gerar dois efeitos, quais sejam a ineficácia da diligência, bem como sua responsabilização.

Isto posto, conclui-se que, o instituto da busca e apreensão apresenta grande importância para a investigação penal, entretanto, eventuais provas produzidas a partir de busca e apreensão ilegal não podem ser admitidas, visto que obtidas não só em violação à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, mas em relação a outros direitos fundamentais intrinsecamente relacionados a ele.

5 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BRENDA, Juliano. *Comentários à Lei de abuso de autoridade: Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único I*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MANFIO, Gustavo Piovesan. *A inviolabilidade do domicílio frente à busca e apreensão na ordem constitucional brasileira*, 2018. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/5268>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. – 36 ed. – São Paulo: Atlas. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Roberta Muller de. *A garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar e suas limitações*. Canela, RS, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4905/TCC%20Roberta%20M%C3%>>

BCller%20de%20Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=%C3%80%20luz%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal,desastre%20ou%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20socorro>. Acesso em: 05 mar. 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11323/2/A_inviolabilidade_do_domicilio_e_seus_limites_O_caso_do_flagrante_delito.pdf> Acesso em: 19 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

XAVIER, Marianne Sílvia Barbosa. *Garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e a busca e apreensão*. Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36690/M450.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 fev. 2021.