

A autoridade policial e a busca domiciliar

Escrito por Nilson Fonseca Martins

Sumário

Introdução – 2 Síntese Histórica – 3 Busca Domiciliar – 4 PEC 84/2003 – 5 A Autoridade Policial e a Busca e Apreensão – 6 Conclusão – Referências Bibliográficas.

Aos Delegados de Polícia foi incumbida pela Carta Magna a função de direção da polícia judiciária e a apuração de infrações penais, conforme estampado no artigo 144, § 4º da Constituição Federal Brasileira de 1988, exceção feita apenas aos crimes militares.**1. INTRODUÇÃO**

No artigo 6º de nosso atual Código de Processo Penal elencam-se os deveres da autoridade policial dentre eles:

[...] II- apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; [...]

Desta forma, nota-se que a função precípua do Delegado de Polícia é apurar a autoria e materialidade dos delitos, e para desenvolvimento de tal mister a autoridade policial deve se valer de todos os meios legais, dentre os quais: a busca domiciliar, medida acautelatória, que visa à prisão de criminosos e, de forma geral, a localização de provas e apreensão de drogas, produtos ilícitos ou instrumentos destinados a fim delituoso.

No entanto, ainda que incumbido pela Constituição Federal e com o dever imposto pelo Código de Processo Penal, o Delegado de Polícia, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi cerceado de decidir e ordenar acerca de uma das diligências mais necessárias para a polícia judiciária: a busca domiciliar, uma vez que, atualmente, somente a autoridade judiciária pode autorizar e expedir mandado para tal.

Embora os tempos tenham mudado, o Estado Democrático de Direito se consolidado em nossa sociedade, as instituições se reestruturado, inclusive a polícia judiciária, que se modernizou e se profissionalizou deixando para trás os tempos de abusos, torturas, entre outras práticas espúrias e criminosas.

Ainda que a polícia judiciária seja, hoje, inegavelmente, um órgão voltado ao cumprimento das leis, ao atendimento da sociedade, ainda, que preste serviço nobre de auxílio à justiça sobram, no âmbito social e de nossos legisladores, resquícios de que a polícia judiciária não pode, e não deve, ter nenhum tipo de autonomia, entre elas a decisão pela conveniência da busca domiciliar.

Vemos que existem propostas de alteração do Código de Processo Penal que tramitam no Congresso Nacional, em meio a outras panacéias legislativas, entretanto, esquecemos de discutir o óbvio: o necessário para o bom desenvolvimento do trabalho investigativo da polícia judiciária.

Neste contexto, é que este trabalho tem por escopo contribuir com o questionamento da alteração constitucional em 1988, com a consequente derrogação do artigo 241 do Código de Processo Penal, quando, desde então, a autoridade policial passou não mais determinar busca domiciliar, bem como visa analisar as consequências advindas de tal alteração.

2. SÍNTESE HISTÓRICA DA BUSCA DOMICILIAR

2.1 Lei das XII Tábuas

A busca domiciliar é, inegavelmente, uma das diligências mais úteis para a persecução penal, sem a qual, muitas vezes, frustra-se toda uma investigação policial. Sua existência, como instituto ou prática, remonta às mais antigas legislações e vem sendo disciplinada ao logo dos tempos.

Analisando-se a Lei das XII Tábuas, já se encontra alusão, senão ao instituto da busca e da apreensão, pelo menos à preocupação em tutelar

a casa do indivíduo, é o que apresenta a Tábua VIII “Dos Delitos”, Número XV:

O furto lance *licioque conceptum* (descoberto pelo prato e cintura: isto é, o delito daquele em casa de quem é encontrado o objeto furtado recorrendo a perquisição solene que se devia fazer nu, para não haver suspeita de que trazia consigo o objeto, protegido apenas por um cinto (*licium*), como respeito à decência e tendo nas mãos um prato (*lanx*), seja para colocar o objeto, se encontrado, seja para que as mãos demonstrem que não trazem nada escondido) este delito é assimilado ao furto manifesto.^[1]

Nesse diapasão, a busca domiciliar foi praticamente regulamentada na Lei das XII Tábuas, quando estabeleceu que a diligência devia ser realizada pelo interessado, em ato solene, ingressando nu na casa de quem recaía a suspeita, apenas protegido por um cinto, em respeito ao pudor alheio, e portando nas mãos um prato para nele colocar o objeto encontrado e também para demonstrar que em suas mãos nada mais trazia (Tábua VIII, "Dos Delitos", Número XV).

2.2 Direito Lusitano

De igual forma verifica-se no direito lusitano, nos primeiros tempos da monarquia portuguesa, igual proteção à inviolabilidade do domicílio. Caetano^[2] apresenta precioso resumo acerca do assunto, que ora se transcreve:

Uma proteção jurídica particularmente forte dada à moradia do vizinho: é a paz da casa (Pax doméstica). A idéia da inviolabilidade do domicílio aflora com vigor nas disposições dos forais e nos costumes registrados nos foros. A casa era asilo onde os criminosos, quando conseguisse refugiar-se, ficavam ao abrigo dos seus inimigos. Se alguém nela penetrasse violentamente, ou contra a vontade do dono, praticava o crime de violação de domicílio, denominado nos forais *domus disrupta* ou casa derrota, sempre severamente punido e com mais gravidade se os violadores fossem armados. Enfim, o dono da casa que tivesse de matar ou ferir aqueles que nela penetrassem contra sua

vontade não ficava sujeito a sanções ou tinha uma responsabilidade atenuada.

Disciplinavam-se, ainda, nas Ordenações do Reino, as exceções à inviolabilidade que se dava para coibir fraudes tributárias, entretanto verifica-se que havia nítida separação entre a busca voltada à apreensão com a dirigida à prisão.

2.3 Direito Nacional

No Brasil colonial, antes sequer de qualquer Constituição ou leis ordinárias pátrias, aplicava-se a Lei de 14 de outubro de 1822, que, muito embora se trate de legislação portuguesa, fora incorporada a nossa nação.

A lei em resumo disciplinava o seguinte:

(1) proibia a entrada em casa a noite; (2) exigia-se a assistência de escrivão, testemunhas e ordem escrita do juiz;(3)fixava hipótese de entrada, em casa, para:(a) prender criminosos:(b)proceder a busca e apreensão de contrabando em qualquer armazém e de coisa furtada; (c) verificação da polícia; (4) autorizava proceder a penhora;(5) excepcionava a entrada em caso de flagrante delito;(6)determinava respeito ao morador pela autoridade;(7) previa punição ao executor por transgressões à lei.[\[3\]](#)

Em terras pátrias, o primeiro ordenamento legitimamente nacional a disciplinar a busca e apreensão foi o Código de Processo Criminal, de 1832.

Já com a primeira Constituição da República, houve a delegação de competência aos Estados para que legislassem sobre matéria processual e, portanto, várias foram as formas de tratamento dadas à busca domiciliar em nosso país.

Com a Constituição Federal de 1934, devolveu-se à União a competência para legislar sobre matéria processual, passando-se, assim, a criação de comissão para elaboração do Código de Processo Penal de onde adveio a promulgação do primeiro Código de Processo Penal

brasileiro da era republicana, em vigor até o momento. Muito embora vários projetos de reforma e alterações tenham sido criados não se fez nenhuma indicação para alterar os institutos em estudo, exceção feita a PEC 84/2003 que será oportunamente cuidada.

3. BUSCA DOMICILIAR

3.1 Código de Processo Penal

A busca domiciliar é a procura de alguém ou de alguma coisa, que se faz no domicílio alheio.

A definição de domicílio, na seara penal, encontra-se descrito nos incisos do parágrafo 4.º do Artigo 150 do Código Penal compreendendo:

[...] I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Excetuam-se, apenas, aquelas restrições do parágrafo 5.º do mesmo artigo de lei.[...]

O Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1942 instituiu o nosso atual Código de Processo Penal. Em seu capítulo XI, nos artigos 240 *usque* 250 encontram-se disciplinados os institutos da busca e apreensão na seara penal. Demonstram-se, em tais artigos, a finalidade da busca domiciliar, os requisitos, a autoridade competente para ordená-la e seu procedimento.

O texto original do artigo 241 do Código de Processo Penal apresenta a autoridade policial ou judiciária como legítimas para ordenar a busca domiciliar, entretanto, tal artigo foi parcialmente revogado pelo texto constitucional de 1988 que em seu artigo 5º, inciso XI expõe 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** (grifo nosso)[...]

Desta forma, como bem leciona Fernando da Costa Tourinho [\[4\]](#), se a autoridade policial desejar empreender uma busca domiciliar, mesmo que o faça pessoalmente, haverá indeclinável necessidade de ordem

judicial, já que o artigo 241 do Código de Processo Penal foi parcialmente revogado.

4. PEC 84/2003

A proposta de emenda constitucional de autoria do Senador Demóstenes Torres, propôs a seguinte alteração para o artigo 5º, inciso XI:

[...]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 escrita e fundamentada do órgão do Ministério Público ou da autoridade judiciária ou policial competente, na forma da lei.**(grifo nosso).[...]

Em sua justificativa para referida alteração, o Senador Demóstenes Torres, fez exposição lúcida e coerente com a realidade que, face à clareza de idéias, passamos a reproduzir parcialmente:

É absolutamente correto que a casa, em suas mais variadas conceituações, deve ser o asilo inviolável do indivíduo e salvaguardas legais devem ser explicitamente asseguradas. Todavia, o interesse individual não pode sobrepor-se ao interesse público. E a possibilidade de somente a autoridade judiciária autorizar a busca e apreensão domiciliar tem servido como valioso instrumento criminógeno e de impunidade. Muitas vezes a busca e apreensão domiciliar de bens ou documentos têm de ser realizada com rapidez, sob pena de a prova buscada ser destruída ou desaparecer. Sabe-se também que, em decorrência do peso da máquina judiciária, um requerimento de busca e apreensão feito pela autoridade policial leva, em média, 30 dias para ser apreciada pelo juiz competente. É, portanto, necessário que o órgão do Ministério Público e a autoridade policial possam expedir o mandado de busca e apreensão domiciliar. E não há se falar em desrespeito a cláusula pétrea. O domicílio continuará a ser inviolável, com as mesmas garantias constitucionais. Apenas outras autoridades legalmente investidas pelo Estado, além do juiz, poderão determinar, com as cautelas legais, a busca e apreensão domiciliar.[\[5\]](#)

Infelizmente, seus pares não comungaram com seu pensamento e, em 14 de janeiro de 2009, tal proposta foi rejeitada e arquivada pelo Senado.

5. A AUTORIDADE POLICIAL E A BUSCA E APREENSÃO

Infere-se de nossos estudos que o ordenamento constitucional em vigor autorizou a busca e apreensão domiciliar só nos casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, ou com o consentimento do morador, entretanto, sem o consentimento do morador, a entrada em sua residência somente é lícita durante o dia e com autorização judicial.

Com tal situação vigente, colocou-se a autoridade policial em situação bastante delicada e com grande dificuldade de desenvolver parte de seus trabalhos preceituados no Código de Processo Penal e também na própria Constituição Federal.

A autoridade policial, então, foi tolhida de autonomia em seu trabalho, obrigando-o, por exemplo, a todas as vezes que tem notícia de que uma “*res furtiva*” encontra-se em determinada residência, que faça pedido a autoridade judiciária para poder dar cumprimento ao seu trabalho.

Embora, teoricamente, possa parecer simples e rápida tal providência, bem como necessário o prévio controle judicial da atividade da Polícia Judiciária, na prática verificamos que a situação é bem diferente.

No aspecto prático, causa, ao menos, frustração ao cidadão comum que procura a instituição policial narrando sobre um furto e apresentando a notícia da possível localização de sua “*res furtiva*”, ao saber que a autoridade policial deverá solicitar autorização judicial para cumprir sua função.

Neste sentido, encontramos respaldo no pensamento do Dr. Roger Spode Brutti, Delegado de Polícia no Estado do Rio Grande do Sul^[6]:

Em relação ao delegado de polícia, não há óbice algum em lhe ser restituída, obviamente por meio de emenda constitucional, a competência para a efetivação de busca e apreensão desatada de ordem judicial. O delegado de polícia é autoridade processante, competindo-lhe dar o

devido andamento ao processo inquisitorial que lhe é de responsabilidade. Durante o iter dos seus atos, há de responder ele por possíveis abusos de autoridade, assim como de resto qualquer outra autoridade, judicial, ministerial, etc., também o devem responder no tocante aos atos levados a efeito no desenvolvimento dos seus misteres.

Ainda, podemos citar que nem sempre, ou melhor, quase nunca, haverá um Juiz por vinte e quatro horas aguardando no Fórum para apreciar os pedidos de busca domiciliar, e, é cediço, o quanto é importante a agilidade no trabalho policial, sendo que por questão de horas ou sequer alguns minutos já temos o suficiente para se por a perder toda uma investigação.

Outra questão prática, de difícil solução, se dá em cidades cuja área rural seja muito extensa, pois, ainda que a autoridade policial esteja pessoalmente diligenciando em tal local, e, ainda que tenha a notícia que enseje a necessidade de ingresso em residência alheia, não poderá fazê-lo sem a ordem judicial, frustrando-se assim todo o trabalho policial, uma vez que, em um país de dimensões continentais, um deslocamento de quilômetros, que levam horas e às vezes dias, inviabilizará totalmente a diligência.

Situação difícil também, se dá nos grandes centros, onde os Magistrados não possuem intimidade com a Autoridade Policial, pois, inegavelmente, a ordem de busca domiciliar para ser deferida, demanda quase sempre de uma relação de confiança entre tais profissionais. A Autoridade Policial, embora deva apresentar elementos objetivos para que seja concedida a ordem judicial, muitas vezes, contará com elementos subjetivos ou com notícias apresentadas por informantes ou denunciantes anônimos, que terão pesos diferentes para a Autoridade Policial e para o Magistrado e podendo assim ser passível de interpretações também distintas.

Não podemos olvidar, ainda, que, mesmo obtendo-se a ordem judicial, ainda teremos outra dificuldade que a atual ordem constitucional nos criou, de forma totalmente desarrazoada: a diligência só poderá ser

levada a efeito durante o dia. Portanto, esqueceu o constituinte que, grande parte dos crimes, senão a maioria deles ocorre à noite e de madrugada e que órgãos policiais trabalham diuturnamente, sem tréguas.

A justificativa para a alteração constitucional, excluindo-se a Autoridade Policial da possibilidade de determinar a busca domiciliar, baseia-se na proteção a direito fundamental do indivíduo, porém, esqueceu-se o constituinte que o Poder Judiciário não é o único a guardar e conservar a Lei Maior e que a Autoridade Policial, a exemplo de qualquer outro servidor público, deve pautar seu trabalho dentro da legalidade. Em hipótese alguma um delegado de polícia poderá cometer um abuso de autoridade que não o possa outra autoridade pública. Assim, não se justifica o controle prévio desta atividade especificamente policial, sob a justificativa de se coibir abusos.

Não nos parece crível que a autoridade policial, considerando os inúmeros controles a que está submetida: corregedoria, controle externo do Ministério Público e do Poder Judiciário, entre outros, iria, só para satisfazer desejo pessoal, determinar uma busca domiciliar, pois, se assim fizesse, estaria cometendo flagrante ato de ilegalidade. Desta forma, não haveria necessidade, sequer, de alteração constitucional, pois os abusos iriam ocorrer de qualquer forma. O Delegado de Polícia e, por conseguinte a Polícia Judiciária como um todo é instrumento de defesa de direitos e não de abusos. Não podemos esquecer que, hodiernamente, o Delegado de Polícia é, muitas vezes, o primeiro braço estatal a preservar o Estado Democrático de Direito, é o que nos ensina nosso ilustre professor Dr. Roberto Gurgel de Oliveira Filho, Delegado de Polícia do Estado de Mato Grosso do Sul, em seu festejado artigo “A Polícia Judiciária como instrumento de garantia do estado democrático de direito”:

“O Estado Democrática de Direito vê-se constantemente sujeito a riscos com as ações humanas seja no meio político, com ações ditatoriais, seja pela ação de organizações criminosas. Com isso, uma das funções da Polícia Judiciária é a de manutenção do Estado de Direito através da

ação repressiva contra as organizações criminosas que, atualmente, tem atuado em todas as esferas de nossa sociedade, bem como através de investigações preliminares e imparciais. Este tipo de investigação busca a verdade real sobre os fatos e não apenas alimentar a pretensão de determinada parte no processo, fato este que colocaria em risco até mesmo a viabilidade do processo.”

No entanto, a falta de respaldo legal, pode sim ensejar ilegalidades quando a Autoridade Policial e seus agentes, no afã de cumprirem seu dever, acabam por adentrarem em domicílio alheio sem determinação judicial e não estando sob o manto de excludentes da ilegalidade.

6. CONCLUSÃO

Percebemos a existência de várias dificuldades criadas com a atual ordem constitucional no que concerne à busca domiciliar.

Demonstrou-se que o engessamento do trabalho da Autoridade Policial sob o argumento de proteção a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental do indivíduo, não se sustenta devido a ser o Delegado de Polícia um operador do direito, com suas atribuições também definidas pela Constituição Federal, e tendo que, por óbvio, também fundamentar todas as suas decisões, uma vez, que, inegavelmente, o Delegado de Polícia, hodiernamente, é também um garantidor dos direitos constitucionais.

A alteração constitucional só se prestou para diminuir o tempo de resposta do Estado, não trazendo, efetivamente maior segurança ao indivíduo, pois, quase sempre, quem irá motivar uma busca domiciliar será um Delegado de Polícia que será ou não definida pela autoridade judiciária. Portanto, não podemos olvidar que se o Delegado de Polícia estiver imbuído de más intenções certamente induzirá a erro o Magistrado, por outro lado, também devemos pontuar que o Juiz de Direito também é passível de cometimento de abusos. Desta forma, a alteração constitucional só serviu para aumentar a burocracia.

Toda vez que o Estado deixa de dar uma resposta célere, especialmente em serviços essenciais também fere o direito dos indivíduos, pois, diminui no caso em apreço, o acesso à segurança, deixa de administrar recursos de forma adequada, enfim, trará prejuízo para a investigação da polícia judiciária, prejuízo para toda a sociedade que fica, cada dia mais, a mercê de uma crescente comunidade delinqüente.

Tal pensamento se reforça com a recente Lei 12.103 de 04 de maio de 2011, em que apresenta uma série de alterações no tratamento dado à prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança em que se amplia, sobremaneira, a atuação do Delegado de Polícia no que concerne à proteção do indivíduo e de sua liberdade.

Observou-se, que seria muito mais sensato, coerente, econômico, e eficaz que também se fizessem alterações em relação à busca domiciliar permitindo que fosse determinada pela Autoridade Policial e seu cumprimento pudesse ocorrer a qualquer momento, deixando que o controle judicial ocorresse posteriormente, assim como ocorre com quase todos os procedimentos presididos pelo Delegado de Polícia.

As instituições policiais, atualmente, são uma das mais expostas, mais vigiadas por organismos do Estado e da sociedade civil, não sendo diferente com a Polícia Judiciária que está sujeita a controle externo do Poder Judiciário, do Ministério Público, de Ouvidorias, isto sem falar de órgãos fiscalizadores não oficiais, mas, que, igualmente, fiscalizavam a atividade policial tais como: O.N.G. 's, Imprensa, Associações de Bairros, etc., não havendo espaço para manobras espúrias, muito menos em casos em que se visa preservar um direito fundamental do indivíduo.

Por fim, acredita-se ter sido demonstrada a necessidade, premente, do restabelecimento do Código de Processo Penal pretérito à Carta Política de 1988, no que concerne à competência para a expedição de mandado de busca domiciliar pelo Delegado de Polícia, uma vez que a atual sistemática só tem contribuído com os criminosos, aumentado a burocracia, desprestigiado às instituições policiais e estatais de forma geral, penalizando vítimas, e lançando o Delegado de Polícia para uma

marginalidade processual que não condiz com uma carreira jurídica de tanta relevância social.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**/Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUTTI, Roger Spode. **Repensar sobre a previsão constitucional**. Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos3/repensar-previsao-constitucional/repensar-previsao-constitucional2.shtml>> Acesso em 13 jul. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5ª edição São Paulo: Saraiva, 2000.

CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. **Busca domiciliar e o injustificável controle preventivo judicial**. Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 1086, 22 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8554>>. Acesso em: 01 Out. 2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais** – 3.ed.-São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**, 2 ed., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2005.

PÓVOA, Liberato. **Busca e Apreensão**, 5ª edição, 4ª Tiragem, Curitiba: Juruá, 2010.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Manual de Polícia Judiciária**. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2000.

TONINI, Wagner Adilson. **Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado**. Disponível em

TORRES, Demóstenes. **Proposta de Emenda à Constituição nr. 84**, Brasília-DF, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel de, **A Polícia Judiciária como Instrumento de Garantia do Estado Democrático de Direito**.

Disponível

em:

[http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053
&id_reg=2325&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053](http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=2325&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053)