

Faculdade de Ciências Jurídicas Prof. Alberto Deodato

Walyson Pinheiro Inácio

**SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E
APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR: CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO
OU EFICIÊNCIA EM BENEFÍCIO DA COLETIVIDADE.**

Belo Horizonte

2012

Walyson Pinheiro Inácio

**SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E
APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR: CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO
OU EFICIÊNCIA EM BENEFÍCIO DA COLETIVIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a conclusão do Curso de
Direito e obtenção do título de Bacharel em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas
Professor Alberto Deodato.

Orientador : Prof. Me. Estevão de Melo.

Belo Horizonte

2012

Walyson Pinheiro Inácio

Solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar: Conflito de atribuição ou eficiência em benefício da coletividade.

Trabalho de conclusão de curso

Bacharelado em direito

Faculdade de Ciências Jurídicas Professor

Alberto Deodato

Examinado por:

Prof. Estevão Melo – Professor Mestre – Faculdade de Ciências Jurídicas Professor Alberto
Deodato – Orientador

Prof. Warley Rodrigues Belo – Professor Mestre – Faculdade de Ciências Jurídicas Professor
Alberto Deodato – Examinador

Profª. Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima – Professora Mestre– Faculdade de Ciências
Jurídicas Professor Alberto Deodato – Examinadora

Belo Horizonte, de, de 2012.

RESUMO

Com a evolução do sistema de defesa social em tempos atuais, onde a criminalidade apresenta uma forma de atuação “organizada”, as instituições responsáveis pela segurança pública têm adotado medidas de atuação consideradas às vezes conflituosas diante das atribuições previstas na Constituição Federal. A solicitação e o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar tem sido tema polêmico no Direito Processual Penal, devido às divergências de entendimento quanto à legalidade e legitimidade da medida realizada pelo órgão policial. Diante desse fato, o presente trabalho pretende demonstrar que a atuação “investigatória preventiva” e de “auxiliar da justiça”, nas solicitações e cumprimentos de mandados de busca e apreensão domiciliar, é legal e “legítima” à Polícia Militar no cumprimento de sua missão constitucional de *preservação da ordem pública*. Essa medida pode ser adotada na prevenção de delitos, e principalmente prisão de autores dos denominados crimes permanentes – como o tráfico de drogas ilícitas e posse ilegal de arma de fogo. Com base na legislação e no entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, chegou-se a conclusão de que não se trata, portanto, de conflito de atribuições como sugere alguns, mas sim, de uma atuação eficiente em benefício da coletividade, sendo meio de prova legal, legítima e em consonância com sua atribuição constitucional, sobre a ótica da preservação da ordem pública, conforme preceitua Lei Maior.

Palavras-chave: Atribuição. Mandado. Busca. Apreensão. Solicitação. Cumprimento. Polícia Militar. Ordem Pública. Crime Permanente.

ABSTRACT

With the evolution of social defense system in current times, where crime has a way of action "organized", the institutions responsible for public safety have adopted measures of performance considered in the face of sometimes conflicting powers under the Constitution. The application and enforcement of the warrant of search and seizure at home by the military police has been a contentious issue in the Criminal Procedural Law, due to differences of opinion as to the legality and legitimacy of the measurement performed by the national police. Given this fact, this study aims to demonstrate that the action "preventive investigatory" and "help of justice", in requests and greetings sent home search and seizure is legal and "legitimate" to the Military Police in fulfilling its mission preservation of constitutional order. This measure can be adopted in the prevention of crime, and especially the arrest of perpetrators of crimes called permanent - such as trafficking in illicit drugs and illegal possession of firearm. Based on the legislation and the prevailing understanding of the doctrine and jurisprudence, came to the conclusion that it is not, therefore, the conflict of jurisdiction as suggested by some, but of an effective action for the benefit of the community, and through legal evidence, legitimate and in line with his constitutional authority, on the perspective of preserving public order, as provided highest law.

Keywords: Competence. Warrant. Searching. Seizure. Request. Compliance. Military Police. Public Order. Permanent crime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. BREVE HISTÓRICO DA BUSCA E APREENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO	10
2.1. A busca e apreensão no Brasil Império	10
2.2. A busca e apreensão no Brasil República	11
3. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO (MBA)	12
3.1. Conceito	12
3.2. Natureza Jurídica	15
3.3. Procedimento	17
4. POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA	23
5. ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS POLICIAIS ESTADUAIS	26
5.1. Atribuições da Polícia Militar	26
5.1.1. O Policial Militar como autoridade policial	30
5.2. Atribuições da Polícia Civil	31
6. LEGITIMIDADE X LEGALIDADE	34
7. LEGITIMIDADE PARA SOLICITAÇÃO E A LEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DO MBA	38
8. CONCLUSÃO	44
9. BIBLIOGRAFIA	49

1. INTRODUÇÃO

A segurança pública tem sido um dos assuntos mais discutidos na atualidade, momento em que as instituições responsáveis pela sua manutenção enfrentam uma crise de identidade organizacional sob os paradigmas conflituosos das atribuições previstas na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, além de outras leis.

Um dos temas que tem gerado controvérsias entre as atribuições dos órgãos policiais é a solicitação e o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar realizados pela Polícia Militar. Tema polêmico que tem gerado muitas discussões no meio policial e entre os operadores do direito.

Disciplinado como meio de prova no Código de Processo Penal, o Mandado de Busca e Apreensão tem se mostrado medida cautelar eficiente no combate ao crime organizado, utilizada tanto preventiva como repressivamente.

Alguns delegados de polícia se manifestaram contrários a essa prática, alegando usurpação de função pública, por parte de policiais militares, que solicitam e cumprem ordens judiciais de busca e apreensão domiciliar.

Segundo esse pensamento, no âmbito estadual, caberia apenas à autoridade de Polícia Judiciária a representação junto ao poder judiciário para a expedição de mandados de busca e apreensão, através do Delegado de Polícia (autoridade policial), e, somente mediante prévia investigação criminal, isso, em fase pré-processual ou de inquérito, já que na fase processual é possível o requerimento por qualquer uma das partes que compõe a relação processual.

Há também alguns doutrinadores que corroboram com a tese apresentada pelos delegados de polícia, alegando ainda, “ilegitimidade da parte” aos policiais militares que solicitam e cumprem os mandados de busca e apreensão expedidos pela autoridade judiciária.

Dispõe o artigo 240 do CPPB que a busca será “domiciliar” ou “pessoal”, sendo a domiciliar realizada quando fundadas razões a autorizarem, para: prender criminoso; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; 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; apreender pessoas vítimas de crimes; e, colher qualquer elemento de convicção.

Já em seu artigo 241, dispõe que quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado. Este dispositivo foi derogado, ou seja, parcialmente revogado, pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como requisito para a busca domiciliar a obrigatoriedade de mandado judicial.

É aí que nascem as indagações: A quem a ordem judicial poderá ser dirigida para o cumprimento? Seria o policial militar “autoridade policial” competente para dar cumprimento a essa ordem? Teria o policial militar “legitimidade” para solicitar junto ao judiciário a expedição dessa ordem? Daí tantas outras poderiam surgir sobre as dicotomias “legitimidade e ilegitimidade”, “legalidade e ilegalidade”, para a solicitação e cumprimento de mandados de busca e apreensão domiciliar, pela Polícia Militar.

Para esclarecer sobre a legalidade ou não desse procedimento adotado por policiais militares, promotores de justiça e magistrados, analisaremos alguns tópicos que irão nos direcionar a uma elucidação do tema, sendo: a definição de autoridade policial, a atribuição constitucional e legal dos órgãos policiais responsáveis pelo sistema de segurança pública, a legalidade ou ilegalidade dos chamados “levantamentos” ou “investigações preventivas”, realizados pela Polícia Militar, a analogia sobre o cumprimento de mandados de busca e apreensão domiciliar, e o cumprimento de mandados de prisão, entre outros temas pertinentes.

Trata-se de tema de suma importância para os operadores do direito, vez que poderá acarretar na validação ou invalidação desse meio de prova, influenciando no oferecimento ou não da denúncia pelo órgão do Ministério Público e até mesmo culminar na condenação ou absolvição e conseqüentemente no cerceamento ou não da liberdade do réu.

2. BREVE HISTÓRICO DA BUSCA E APREENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. A busca e apreensão no Brasil Império

No Brasil o instituto da busca e apreensão teve inicialmente grande influência das leis lusitanas, o que não poderia ser diferente, já que o país era uma colônia de Portugal.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, antes mesmo da existência de uma Constituição ou leis próprias, o Imperador Dom Pedro I em 1823, disciplinou a restrição de entrada em casa alheia, garantindo alguns direitos considerados invioláveis, como a segurança individual, a propriedade e a imunidade da casa do cidadão.

Em 1832 com o advento do Código do Processo Criminal o instituto foi disciplinado sobre o tema “Das Buscas” e teve estabelecido alguns requisitos para a entrada em casa alheia, como a constatação de veementes indícios, prazo de validade, a inviabilidade, atribuição para a execução, proibição da execução durante a noite, e impôs ainda sanção em caso de ocultação de coisas e pessoas objetos da busca. A apreensão foi tratada como objetivo da busca e, portanto, não era considerado um procedimento autônomo.

O Código do Processo Criminal deixou de tratar de alguns pontos importantes, como por exemplo, não estabeleceu a competência para a expedição do mandado de busca, tendo ainda, omitido outros pontos importantes sobre o instituto.

Na tentativa de sanar alguns desses erros, em 1841 foi elaborada a primeira reforma do Código de Processo Criminal. O advento da Lei 261 alterou o Código instituindo-se capítulo específico para a polícia, atribuindo à autoridade policial a função de expedir o mandado de busca, bastando para a legalidade do ato, a comprovação de veementes indícios ou fundada probabilidade da existência de objetos ou criminoso, no lugar da busca, que se pretendia apreender.

Com a finalidade de disciplinar a parte policial da Lei 261, em 1842 foi elaborado o Regulamento 120, que previu a divisão das funções policiais, instituindo a polícia judiciária e atribuiu à

autoridade de polícia judiciária, (chefes de polícia, delegados, subdelegados e Juízes Municipais) a função de conceder o mandado de busca. O Regulamento deu ainda à busca e apreensão a finalidade de servirem ao corpo de delito, descobrir objetos furtados ou roubados e também realizar a prisão de pessoas.

2.2. A busca e apreensão no Brasil República

No Brasil República, ainda sob forte influência das legislações da época imperial, com o advento da primeira Constituição, foi estabelecida a competência aos Estados para legislar em matéria processual.

Com a delegação da competência aos Estados, poucos ousaram legislar sobre o assunto, tendo a maioria dos se limitado a observar a legislação imperial, como nos mostra Cleunice Bastos Pitombo¹:

“O resultado, entretanto, mostrou-se lamentável, sob dúplice aspecto, salvo raras exceções. Alguns Estados jamais elaboraram Código de Processo. Limitaram-se a observar a legislação imperial: Código de Processo Criminal de 1832 e Regulamento 737 de 1850. Outros criaram diplomas sem precisão técnica, onde, por exemplo, se imiscuam meras disposições de organização judiciária, entre normas processuais”

O primeiro Código de Processo Penal a surgir foi o do Estado do Rio Grande do Sul em 1898, que abandonou a estrutura trazida pelo ordenamento jurídico do império. Esse código tratou do instituto da “busca” no Capítulo que versava sobre as provas, retirando o tema do capítulo que fazia referencia á polícia, como previa o Código do período imperial.

Já, o primeiro Código de um estado da República que tratou o instituto sob a denominação “busca e apreensão”, foi o do Estado do Amazonas em 1917. Nesse Código a “busca e apreensão” à semelhança do Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul, foi acolhida no Capítulo “Das Provas”.

¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2005, p. 37.

A partir daí, outros ordenamentos processuais foram surgindo nos Estados. Alguns trataram o instituto como uno, outros faziam referência apenas à “busca”, sendo a apreensão mera finalidade da busca.

3. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Como mencionado no item anteriormente (Breve Histórico da Busca e Apreensão no Direito Brasileiro) o instituto “busca e apreensão” teve início no direito brasileiro sobre influência do ordenamento jurídico lusitano e existiu legalmente desde o tempo imperial.

3.1. Conceito

Antes de tudo, a “busca e apreensão” é um dos meios de provas previstos no Código de Processo Penal Brasileiro, no título VII, intitulado de “DA PROVA”, mais especificamente no capítulo XI – “Da busca e da apreensão”.

Mas, o que é prova para o Processo Penal? Prova é o meio como se pretende provar um fato que se defende como verdadeiro. Na definição de Tourinho Filho², provar é:

“[...] antes de mais nada , estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.”

Para Denílson Feitoza (2009. p.688) prova é “atos e meios utilizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados”.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 356) define prova como sendo uma palavra de origem latina que significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstração.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 2010.

Conforme preleciona Pacelli³:

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, insto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*”..

Sobre a busca e apreensão podemos classificá-la não como uma prova em si, mas, como um meio de obtenção de prova. Assim, o que se está buscando será apreendido para que sirva como prova em um processo.

Esclarece Denílson Feitoza (2009, p.727) que o Código de Processo Penal Brasileiro apenas estabelece os *meios legais de prova* e não distingue os meios de provas dos meios de obtenção das provas, como acontece com o Código de Processo Penal Português; este distingue expressamente entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova, estabelecendo que as buscas e apreensões sejam classificadas como meios de obtenção de prova.

Alguns autores fazem uma classificação das provas, quanto ao objeto, quanto ao sujeito, quanto à forma, etc., contudo iremos nos ater apenas a definição do vocábulo, vez que a classificação não irá influenciar no resultado do trabalho, contudo, iremos realizar a diferenciação de *prova lícita*, *prova ilícita* e *prova ilegítima*, pois, essa classificação, será essencial à conclusão dos trabalhos.

Trataremos mais detalhadamente desse assunto no capítulo “Legitimidade X Legalidade”

Retornando ao conceito, Guilherme de Souza Nucci⁴ define a busca e apreensão como:

“são termos diferenciados. *Busca* significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. *Apreensão* é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir provas ou preservar direitos”.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 317.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p.545.

Na definição de Marcus Cláudio Acquaviva (2009, p.149) é o meio de prova processual penal efetuado para a apreensão de pessoas ou de objetos cuja natureza contribua para a elucidação do crime.

Para Mirabete (1993, p. 306) “a busca é a diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue”.

Na mesma linha de raciocínio, Nestor Távora⁵ preleciona que:

“a busca é a procura, a diligência que objetiva encontrar o que se deseja, ao passo que a apreensão é medida de constrição, para acautelar, pôr sob custódia determinado objeto ou pessoa. Nada impede que exista busca sem apreensão, e vice-versa”.

Aury Lopes Junior⁶ destaca ainda que:

“a sistemática do CPP não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura cautelar com meios de prova e, ainda, sob uma mesma designação, dois institutos diversos (busca de um lado e a apreensão de outro)”.

“são institutos diversos, mas que foram tratados de forma unificada. Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado) e nem sempre a apreensão decorre da busca (pode haver a entrega voluntária do bem)”.

Para Cleunice Valentim Bastos Pitombo⁷ a busca e a apreensão também são dois institutos distintos, tendo definido os termos da seguinte maneira:

“A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consiste 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”.

⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 2011, p. 446.

⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2011, p. 695-696.

⁷ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2005, p. 109, 230.

No direito processual penal brasileiro, pode-se conceituar a apreensão como 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. A apreensão pode ser coercitiva - originada em busca -, ou espontânea - livre apresentação, ou exibição. Implica, sempre, constrição”.

Após analisarmos as definições dos ilustres doutrinadores podemos concluir que a “busca e a apreensão” são na realidade, procedimentos distintos, realizados em ações diferentes, porém, com uma mesma finalidade, pois, busca-se algo (coisa ou pessoa) no intuito de realizar a sua apreensão, para que sirva de prova no processo, ou ainda, para que se preserve um direito.

Portanto, corroboramos com o entendimento de quem afirma serem medidas que sempre andam juntas, “*a finalidade da busca é sempre a apreensão*”, apesar de que em alguns casos, possa se realizar uma busca sem que haja apreensão e uma apreensão sem que tenha sido realizada a busca.

3.2. Natureza Jurídica

Segundo Guilherme de Souza Nucci⁸ a busca e apreensão:

“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 mesmo 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. Assim, tanto a busca, quanto a apreensão, podem ser vistos, individualmente, como meios assecuratórios ou como meio de prova, ou ambos”.

⁸

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p.546.

A “busca e apreensão” além de prova, conforme dito anteriormente, é também uma medida de natureza cautelar e como tal visa o acautelamento de material probatório, para contribuir na formação da convicção do julgador, nesse sentido afirma Denílson Feitoza⁹:

“No Código de Processo Penal, apesar de estar prevista apenas no título referente às provas, a medida de busca e apreensão também pode ser uma medida cautelar. No processo penal, é utilizada, na maioria dos casos, como meio de obtenção de prova. A busca e apreensão quando recai sobre coisas, é medida cautelar *real*”.

Esclarece ainda Feitoza¹⁰, que a busca e apreensão tem dupla natureza:

“[...]para a lei: meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva; para a doutrina: também medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e pessoas. Nessa linha, pode ser medida cautelar real ou pessoal, conforme o objeto da busca seja, respectivamente, coisa ou pessoa.

Ainda, sobre a natureza da busca e apreensão Mirabete (1993, p. 306) ensina que “para a nossa lei é ela meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva...” e conclui que “...a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas”.

Para Pacelli (2011, p. 423), “Trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente *cautelar*, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo da justiça”.

Já, Nestor Távora (2011, p. 446) entendi que “a busca e apreensão tanto pode figurar, cada um de per si, como meio de prova, ou como medida instrumental, cautelar, a depender da finalidade pretendida com o ato’.

Assim, apartando a busca da apreensão, afirma Cleunice Bastos Pitombo¹¹ que:

⁹ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal, Teoria Críticas e Práxis**. 2009, p. 937.

¹⁰ FEITOZA, op. cit., 937.

¹¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2005, p. 116, 117.

“[...]a busca, no processo penal brasileiro, não constitui *prova*, nem *meio para a sua obtenção*; 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.

“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”.

Conclui Cleunice Bastos Pitombo que quanto a natureza dos institutos *busca* e *apreensão* a doutrina não é unânime, entendendo-se que a busca consiste em medida instrumental restritiva de direito, e também, em medida cautelar real. Já a apreensão não tem única natureza jurídica, podendo ser medida cautelar, meio de prova, e ainda, meio de obtenção de provas, dependendo da função que lhe der. (PITOMBO, 2005, p. 115-119, 239-240).

3.3. Procedimento

A matéria é tratada no CPPB nos artigos 240 a 250 e segundo o instituto a busca será domiciliar ou pessoal e será realizada quando houver *fundadas razões* ou ainda *fundadas suspeitas* que a autorizarem para:

1. prender criminosos;
2. apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
3. apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
4. apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinadas a fim delituoso;
5. descobrir objetos necessários a prova de infração ou à defesa do réu;
6. apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
7. apreender pessoas vítimas de crimes; e
8. colher qualquer elemento de convicção.

Observa-se a distinção entre a busca domiciliar e a busca pessoal quando nos artigos do CPPB que tratam do assunto, diferenciam a *motivação* dos procedimentos, ou seja, quando houver *fundadas razões* estamos falando de busca domiciliar, já quando falamos em *fundada suspeita* estamos diante da busca pessoal.

Por hora, vamos nos ater mais especificamente à busca domiciliar, tema de análise do presente trabalho.

Sobre o mandado de busca e apreensão domiciliar, Pacelli¹² ensina que:

“Por busca domiciliar entende-se aquela realizada em residência, bem como em qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, no qual alguém exerce profissão ou atividade, nos termos do art. 246 do CPP. Todos esses locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, quando habitados, encontram-se incluídos e protegidos pela cláusula constitucional da inviolabilidade de domicílio”.

A busca domiciliar será sempre precedida de mandado (desde que a autoridade judiciária não a realize pessoalmente) que deverá ser expedido por autoridade judiciária, devendo o respectivo mandado indicar o local onde será realizada a busca, o nome do respectivo morador ou proprietário, mencionar o motivo e os fins da diligência, e ser subscrito por escrivão e assinado pelo juiz (Desembargador ou Ministro) que o expedir.

Conforme esclarece Pacelli¹³:

“... a adoção de quaisquer providências que estejam protegidas pelas cláusulas da reserva da jurisdição, isto é, que digam respeito ao tangenciamento dos direitos fundamentais das pessoas, deverá vir precedida de ordem judicial”.

“Por isso, mandados de busca e apreensão de coisas e/ou pessoas, interceptações telefônicas e/ou de dados, gravações ambientais, e, assim, qualquer invasão das

¹² PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 423.

¹³ Ibid, p.59.

inviolabilidades constitucionais (direito a honra, à imagem, à privacidade, à intimidade etc., art. 5º, X, XI e XII) dependem de ordem judicial”.

De posse do mandado de busca e apreensão, a autoridade policial, ou a quem este (mandado) indicar, deverá cumprir outro requisito indispensável que é o cumprimento dentro do horário estabelecido pelo CPPB, ou seja, de dia (segundo o entendimento majoritário é o horário que compreende-se entre 6h e 18h), salvo se houver o consentimento do morador.

Vale observar que se iniciada a diligência no período diurno e esta se prolongar ao período noturno, não há que se falar em interrupção dos trabalhos, pois, há a necessidade apenas de se iniciar as buscas no horário diurno, não se exigindo momento de término.

Outro requisito procedimental a ser observado, no cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, para se caracterizar a legalidade da ação, é a apresentação e leitura da ordem judicial, antes do início das diligências, e finda essa, será lavrado auto circunstanciado assinado por duas testemunhas presenciais.

A inobservância desses preceitos legais poderá, conforme o caso concreto, sujeitar aos seus executores ao enquadramento no artigo 150 do Código Penal Brasileiro, podendo responder pelo crime de “violação de domicílio”.

Por tratar-se de cautelar, deve a medida ser considerada como excepcional, pois a regra conforme a Carta Magna é a inviolabilidade do domicílio, e portando devem ser observadas duas situações que visam a legalidade da concessão, quais sejam: a) *periculum in mora*; e b) *fumus boni iuris*, à semelhança do procedimento cível.

Presente o risco e sendo razoável a hipótese de que o provimento jurisdicional seja favorável, porque existem fortes indícios de autoria e de materialidade, fica plenamente aceitável a concessão e execução da medida, para garantir a eficácia de um processo principal, ou ainda, de subsídio para a abertura de um novo processo.

Nesse sentido preleciona Pacelli¹⁴:

“A medida, cautelar no que se refere à questão probatória e à segurança de pessoas, também é excepcional por implicar a quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, tanto no que se refere à inviolabilidade do *domicílio* quanto no que diz respeito à inviolabilidade *pessoal*”.

O mandado de busca e apreensão domiciliar por ter uma natureza cautelar, pode ser determinado de ofício pelo juiz, quando as provas forem consideradas urgentes e relevantes, podendo ser realizada antes mesmo de iniciada a ação penal (fase pré-processual).

Mirabete¹⁵ discorrendo sobre o assunto ensina que:

A busca e apreensão podem ocorrer: a) anteriormente a qualquer procedimento policial ou judicial, ou seja, quando a autoridade policial tem conhecimento da infração penal (art. 6º, II) ou na hipótese de crime contra a propriedade imaterial apurado mediante ação penal incondicionada; b) durante o inquérito policial; c) na fase da instrução criminal; d) durante a execução, como, por exemplo, na busca necessária a verificar o procedimento do liberado condicional no caso de revogação (art. 145 da LEP).

Ainda, sobre o momento do mandado de busca e apreensão Nestor Távora¹⁶ explica que:

“Existe ampla liberdade temporal para a realização da medida, que pode ocorrer antes do início formal da persecução penal. Da mesma forma, tem cabimento durante a investigação preliminar, no curso da instrução processual, na fase recursal, onde o tribunal, no julgamento da apelação, poderá determinar a realização da diligência (art. 616, CPP), ou até mesmo na fase executória”.

Devemos lembrar que tal procedimento deve pautar-se pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

¹⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 2011, p.423.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 1993, p. 306.

¹⁶ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 2011, p. 448, 449.

Guilherme de Souza Nucci¹⁷, sobre a busca determinada de ofício pelo juiz afirma:

“tal providência faz parte da busca da verdade real, princípio que rege a atuação do magistrado no processo penal, bem como o impulso oficial, que comporta o procedimento. Não deve, no entanto, o juiz exceder-se na avaliação da prova, antecipando julgamentos e buscando culpados a qualquer custo. Somente se a diligência se mostrar imprescindível à formação do seu convencimento, não tendo havido requerimento das partes, pode o julgador intervir, determinando seja feita a busca, fazendo-o de modo fundamentado”.

Além de poder ser determinada de ofício pelo juiz, o mandado de busca e apreensão domiciliar poderá ser requerido pelas partes, conforme reza o artigo 242 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

Assim ensina Guilherme de Souza Nucci (2011, p.560), “não basta a parte interessada solicitar a diligência, sendo indispensável que a justifique ao magistrado, dando-lhe seus fundados motivos e procurando convencê-lo da sua necessidade”.

Falaremos melhor sobre o requerimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pelas partes, no item 7 “*legitimidade para o requerimento e a legalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar*”.

Todo requerimento do mandado de busca e apreensão deverá conter a motivação e a finalidade da diligência, conforma orienta Guilherme de Souza Nucci¹⁸:

“outra característica fundamental do mandado de busca, decorrente da necessidade de ser preciso e determinado, é indicar o motivo gerador da diligência, bem como o motivo a ser alcançado. Sem essa menção, pode a busca tornar-se genérica e insegura. Se algum

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p.560, 561.

¹⁸ Ibid, p. 561, 562.

lugar necessita ser revistado ou se alguém precisa ser investigado diretamente, é curial que a pessoa, cujo interesse vai ser violado, saiba a razão e o fim”.

Entendemos que “parte” no sentido estrito da palavra somente deve ser usada no momento processual, ou seja, momento em que a relação processual está completa, composta pelo órgão do Ministério Público, Réu e Juiz.

Também entendemos que o “requerimento” no sentido estrito da palavra, somente pode ser utilizado na fase processual.

4. POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA

O termo “polícia” advém do grego *politéia*, que significava a “arte de governar”. Hoje a palavra “polícia” é referida ao órgão estatal subordinado ao poder executivo que tem a função de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seu patrimônio, isso quer dizer: prevenir e reprimir as infrações consideradas como crime ou contravenção penal.

Para Edílson Mougnot Bonfim (2011, p. 131) polícia “é órgão estatal incumbido de prevenir ocorrência de infrações penais, apurar autoria e materialidade das já perpetradas, sem prejuízo de outras funções atinentes à persecução penal”.

Jorge César de Assis¹⁹ esclarece que:

“Em nosso País o sistema policial dos Estados está baseado na dicotomia Polícia Militar X Polícia Civil, sendo a responsabilidade da Polícia Civil o exercício da polícia judiciária: apuração dos fatos envolvendo o ilícito penal, consubstanciando-o no inquérito policial; já às Polícias Militares cabe o policiamento ostensivo, fardado, além da missão mais ampla de preservação da ordem pública e da segurança interna”.

Há na doutrina uma grande divergência sobre a classificação das polícias. Para a maioria dos doutrinadores do direito administrativo o tema é tratado dentro do assunto intitulado como “poder de polícia” e há uma divisão entre polícia administrativa e polícia judiciária. É importante anotar, sobre a visão desses, que tanto a polícia Militar quanto a Polícia Civil se enquadram na classificação de polícia Judiciária. Já para os doutrinadores do Processo Penal a classificação das polícias estaria embasada apenas na dicotomia Administrativa ou Preventiva e Judiciária ou Repressiva.

Nesse momento caberá a análise das polícias apenas sobre o paradigma da Segurança Pública.

¹⁹ ASSIS, Jorge César. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 2002, p. 18.

Para Pedro Lenza no âmbito estadual a polícia *Stricto Sensu*, estaria dividida em dois órgãos, a polícia militar (polícia administrativa) e a polícia civil (polícia judiciária).

Nesse sentido leciona Walber de Moura Agra²⁰ que:

“A segurança pública no Brasil pode ser preventiva, de natureza administrativa, ou judiciária, de natureza repressiva. Preventiva é aquela que atua no sentido de evitar a prática de condutas delituosas e judiciária é aquela que busca desvendar a autoria da infração já praticada. A primeira tem como missão primordial a vigilância e a proteção da sociedade, mantendo a ordem, a tranquilidade pública e velando pela garantia dos direitos fundamentais. A segunda concentra a sua atuação no momento posterior à infração, colhendo todos os elementos para a identificação dos autores do ilícito e fornecendo os subsídios que vão embasar a ação penal”.

Porém, mais adiante podemos observar na definição de Walber de Moura Agra que a distinção entre as polícias militar e civil não ficam muito claras já que define a polícia militar como uma polícia repressiva. (AGRA, 2002, p. 583, 584).

Não há um consenso na doutrina, aliás, há divergência entre os doutrinadores do Direito Penal, do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, quanto à classificação das polícias.

Para os penalistas, as polícias Militar e Civil, são respectivamente, polícia administrativa e judiciária. Já, para os doutrinadores do Direito Administrativo tanto a polícia Militar quanto a Civil são polícias Judiciárias, pois, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal.

Para o professor Antônio Álvares da Silva²¹, titular da Faculdade de Direito da UFMG:

“A atividade policial é essencialmente unitária. Prevenir e reprimir crimes e infrações penais é uma só atividade que se divide didaticamente em duas, para melhor compreensão dos iniciantes.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 2002, p. 583, 584.

²¹ SILVA, Antônio Álvares. **Polícia e carreira jurídica**. Jornal Hoje em Dia, Belo Horizonte, 1º de julho de 2010.

Dom João VI criou o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte, que tinha poderes de polícia e jurisdicionais. Posteriormente instituiu a divisão militar da guarda real de polícia do Rio de Janeiro, estabelecendo então o cerne originário das polícias militares que se organizaram nas províncias e depois nos estados-membros.

Formada como organização militar, a polícia chegou até mesmo a ser utilizada em guerras, demonstrando que o foco de sua constituição não coincidia com as funções de governo da cidade (polícia vem de pólis, cidade, em grego). Esta adaptação viria mais tarde com os ajustes constitucionais.

Já a evolução da Polícia Civil se deu com o desenvolvimento político e jurídico do país. Seu embrião foi a Lei 261 de 1841, que estabeleceu para as províncias um chefe de polícia, delegados e subdelegados, escolhidos dentre os cidadãos. Mais tarde, a exigência de especialização integrou a PC no Estado, exigindo concurso público e conhecimento jurídico para seu exercício.

Esta origem diversa firmou raízes históricas nas duas corporações, erguendo entre elas muros intransponíveis, mantendo estanques as duas finalidades. Hoje, a divisão está superada. Para as funções tipicamente militares foram criadas as Forças Armadas - art. 142 da Constituição - ficando as polícias com a atuação ostensiva, a preservação da ordem pública, a prevenção de crimes e sua apuração.

Estas funções são inerentes a toda e qualquer atividade policial, o que enfraqueceu a divisão institucional entre elas. No fundo, exercem a mesma atividade, embora separadamente. Daí a necessidade de unificá-las para o melhor exercício de suas funções.

Ambas exercem funções jurídicas imediatas, portanto estão dentro do que se pode chamar de carreira jurídica”.

Assim, corroborando com esse entendimento podemos afirmar que tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil são a exteriorização da atividade administrativa do Estado e que tanto os agentes públicos, civis e militares, que exerçam atividade de polícia, são autoridades administrativas e não judiciárias.

5. ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS POLICIAIS ESTADUAIS

Conforme vimos anteriormente, quando tratamos da distinção da Polícia Administrativa e Polícia Judiciária, no Brasil, o sistema de segurança pública (policial) estadual, foi dividido sobre as atribuições de dois órgãos, sendo a Polícia Militar e a Polícia Civil.

Rogério Greco²² falando a respeito das distinções que existem entre as polícias Militar e Civil esclarece:

“Hoje, a separação existente entre a polícia militar, considerada ao mesmo tempo, como uma polícia repressiva e preventiva, e a polícia civil (e mesmo a federal em sua área de atuação), cuja finalidade precípua é investigar os delitos já ocorridos, vem diminuindo”.

Mas, apesar de na realidade essas diferenças operacionais estarem diminuindo, pois, algumas tarefas já são consideradas comuns entre as polícias, existem funções que são específicas de cada um desses órgãos policiais. Essa especificidade nas funções é determinada pela Constituição Federal e não pode ser desconsiderada ou ignorada, sob pena de estarmos infringindo o próprio “Estado Democrático de Direito”.

Dessa forma, cabe destacar e esclarecer quais são as atribuições, específicas e comuns, de cada um dos órgãos policiais estaduais.

5.1. Atribuições da Polícia Militar

Segundo nossa Carta Magna, a segurança pública é um dever do Estado, e direito e responsabilidade de todos os cidadãos, brasileiros, ou estrangeiros residentes no país, tendo como objetivo, a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

²² GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 2010, p. 4.

No artigo 144 e seus incisos, o legislador originário elencou os órgãos responsáveis por essa missão constitucional, e em seus parágrafos subseqüentes ele estabeleceu as atribuições gerais de cada um desses órgãos.

Nos estados as atribuições para o exercício do poder de polícia *estrito senso*, ficou a cargo das polícias Militar e Civil.

Estabelece o parágrafo 5º do artigo 144 da CF/88 que às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Portanto, conforme a Carta Magna, à Polícia Militar coube o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Explica Mougenot²³ que:

“as polícias militares dos Estados atuam preventivamente, com o intuito de assegurar que os bens jurídicos penalmente tutelados permaneçam incólumes, isto é, têm como objetivo evitar crimes e contravenções penais. Excepcionalmente exercem função judiciária, apurando a ocorrência de crimes militares, na forma prevista no Código de Processo Penal Militar”.

Denílson Feitoza (2009, p.173) ensina que, “As polícias militares normalmente são polícias de segurança, ou seja, procuram evitar que o crime seja praticado”.

Já para Walber de Moura Agra, a polícia militar tem uma função repressiva, executando o policiamento ostensivo para manter ou restabelecer a ordem pública e garantir o cumprimento da lei (AGRA, 2002, p. 583, 584).

Podemos definir o policiamento ostensivo como um tipo de policiamento caracterizado pela visibilidade de seus agentes, com o uso de fardas ou uniformes, a semelhança das forças armadas.

²³

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 133.

Quanto ao policiamento ostensivo, não há dúvidas sobre a sua aplicabilidade, pois apenas com o uso de fardas, as polícias militares executam essa missão constitucionalmente atribuída. Mas, a sua missão não se resume ao policiamento ostensivo, cabendo também a polícia militar a preservação da ordem pública.

O que podemos entender por *ordem publica*? Podemos definir a palavra ordem como sendo o estado natural das coisas; de harmonia das pessoas com as leis e os costumes de um determinado lugar.

“É o inverso de desordem. É a adequação das relações sociais segundo parâmetros preestabelecidos” (AGRA, 2002)

Esclarece ainda Walber de Moura Agra²⁴ que:

“Obviamente, o conceito de ordem pública não pode ser delineado apenas no seu sentido repressivo, com descaso pelos princípios que permeiam um Estado Democrático de Direito. A ordem pública também deve ser analisada no seu sentido positivo, em que os entes governamentais são chamados para proporcionar condições dignas de vida à coletividade. O estabelecimento da ordem pública encontra sua razão de ser na realização dos direitos fundamentais”.

O objetivo primeiro da preservação da ordem pública seria o de garantir o cumprimento e execução das normas legais, tendo como parâmetro de atuação os direitos e garantias fundamentais.

A Constituição do Estado de Minas Gérias, em seu artigo 142, estabelece que a Polícia Militar, força pública estadual, é órgão permanente, organizado com base na hierarquia e na disciplina militar e a qual compete: a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e

²⁴

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 2002, p. 581.

ocupação do solo e de patrimônio cultural; além, da função de polícia judiciária militar, nos termos da lei federal.

No parágrafo primeiro do artigo 142, a Constituição Estadual estabelece ainda, em conformidade com a Constituição Federal, que a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar são forças auxiliares e reservas do Exército.

Como podemos perceber a Constituição Estadual “ampliou” as atribuições de atuação da Polícia Militar em comparação à Constituição Federal.

É nesse sentido, que ao falar sobre a função da Polícia Militar, Rogério Greco²⁵ destaca que:

“[...] que à Polícia Militar caberia o papel precípua de, ostensivamente prevenir a prática de futuras infrações penais, com a finalidade de preservar a ordem pública, o que não a impede, outrossim, de exercer também uma função investigativa, que caberia, inicialmente, e também de forma precípua, à polícia civil. Também não se descarta a possibilidade de a Polícia Militar exercer um papel auxiliar ao Poder Judiciário, o que na verdade é muito comum, a exemplo do que ocorre com frequência no Tribunal do Júri, onde a escolta dos presos é por ela realizada”.

No mesmo sentido Álvaro Lazzarini²⁶ defende que:

“A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba, inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é a atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C. 4ª Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficante de entorpecentes”.

²⁵ GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 2010, p. 5.

²⁶ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 1996, p. 61.

Corroborando com Rogério Greco e Álvaro Lazzarini, Guilherme de Souza Nucci²⁷, afirma que não se trata de regra, mas, poderá a polícia militar realizar investigações, conforme destaca:

“A nós, parece que a função investigatória precípua , de acordo com a Constituição Federal, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Não deve, naturalmente, ser regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal”.

5.1.1. O Policial Militar como Autoridade Policial

O termo autoridade policial decorre única e exclusivamente da lei, conforme esclarece Jorge César de Assis²⁸:

“A não aceitação da autoridade policial militar, ou a tentativa de colocá-la num plano inferior, decorre tão somente da falta de conhecimento legal, da dificuldade de alguns em fazer interpretação e da falta de convívio com o direito administrativo”.

Ainda, Jorge César de Assis²⁹ citando Caio Tácito esclarece:

“A primeira condição da legalidade é a competência do agente, não há, em Direito Administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua em relação a cada função pública, a forma e o movimento do exercício das atribuições. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador³⁰”.

Analogicamente, podemos concluir que, se não fosse o policial militar uma “autoridade policial” não estaria sujeito à aplicabilidade da lei 4.898/65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de **autoridade**.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p. 564, 565.

²⁸ ASSIS, Jorge César de. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 2002, p. 21.

²⁹ ASSIS, op. cit., p. 21.

³⁰ TÁCITO, Caio. **O Abuso do Poder Administrativo no Brasil**, co-edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas. Rio de Janeiro, 1959, p.27.

A todo o momento a lei 4.898/65 faz referência à autoridade civil ou militar, o que corrobora com o entendimento dos estudiosos do direito administrativo. Ademais, cabe ressaltar que o Direito é uno, sendo as divisões em ramos, apenas de caráter metodológico.

Assim, podemos concluir que tanto o policial militar como qualquer outro agente policial é “autoridade”, dentro de uma interpretação administrativa do termo. Não é o policial militar, uma autoridade de polícia judiciária, assim como também não o é, o policial civil, pois, ambas são polícias administrativas, e apenas exercem funções de “auxiliares” do poder judiciário.

5.2. Atribuições da Polícia Civil

Conforme estabeleceu a Constituição Federal de 1988, no Capítulo III , intitulado “Da Segurança Pública”, mais precisamente no artigo 144, parágrafo 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A Constituição Estadual do Estado de Minas Gerais, em seu artigo Art. 139 definiu que a Polícia Civil, órgão permanente do Poder Público, dirigido por Delegado de Polícia de carreira e organizado de acordo com os princípios da hierarquia e da disciplina, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração, no território do Estado, das infrações penais, exceto as militares, e lhe são privativas as atividades pertinentes a:

I - Polícia técnico-científica;

II - processamento e arquivo de identificação civil e criminal;

III - registro e licenciamento de veículo automotor e habilitação de condutor.

Sobre a natureza das atividades desenvolvidas pela Polícia Civil, Denílson Feitoza (2009, p.172) esclarece que “as Polícias Civis são polícias judiciárias, e não policiais de segurança. Atuam de maneira “repressiva”, no sentido de perseguir criminalmente o fato delituoso que já ocorreu”.

Segundo Denílson Feitoza (2009, p.170, 171), com base no artigo 144, § 4º, da CF, que estabelece incumbir às polícias civis as funções judiciária e de apuração de infrações penais,

sustenta que a Lei Maior empregou o significado “polícia judiciária” tão-somente para designar a atividade de auxílio ao Poder Judiciário no cumprimento de determinações (mandado de prisão, conduções coercitivas etc.), ao passo que a função de apurar infrações penais seria da denominada “polícia investigativa”.

A apuração das infrações penais já ocorridas, em âmbito estadual, é em regra da Polícia Civil (polícia investigativa) mediante procedimento administrativo denominado de inquérito policial (competência administrativa), sendo competente para exercer a função o delegado de polícia, autoridades policiais de carreira (art. 4º do CPP c/c art. 144, § 1º, caput, e § 4º da CF/88), sendo ainda, privativas as atividades previstas pela Constituição Estadual, quais sejam, polícia técnico-científica; processamento e arquivamento de identificação civil e criminal; e, registro e licenciamento de veículo automotor e habilitação de condutor.

Edílson Mougenot Bonfim completa: “assim, a função das polícias civis resume-se a investigação de ilícitos penais por meio de inquérito policial” (MOUGENOT, 2011, p. 133).

No mesmo sentido Walber de Moura Agra leciona que a polícia civil tem a missão de exercer a função de polícia judiciária estadual, buscando a elucidação dos delitos já praticados (AGRA, 2002, p. 583, 584).

Corroborando com o entendimento de Mougenot Bonfim e Walber de Moura Agra, Eugênio Pacelli de Oliveira defende que a Constituição Federal reservou à Polícia Judiciária a missão de investigação, porém acrescentou que, conforme se vê disposto no artigo 4º do Código de Processo Penal, há que se ressaltar a atribuição investigatória a outras autoridades. (Pacelli, 2011, p.51, 83).

Portanto, a polícia civil tem a missão constitucional precípua de exercer as funções de polícia judiciária no âmbito estadual, tendo por finalidade a apuração das infrações penais e a autoria destas, além das atribuições privativas previstas na Constituição Estadual.

Porém, cabe ressaltar que na fase pré-processual é possível, para a formação do convencimento do *opinio delicti*, do encarregado da acusação, a realização “de atividades desenvolvidas em outros procedimentos administrativos levados a cabo por outras autoridades administrativas e até mesmo por atuação de particular” (Pacelli, 2011, p. 51).

6. LEGITIMIDADE X LEGALIDADE

Os critérios de avaliação da legalidade e legitimidade são diferentes. A legitimidade não pode ser reduzida apenas ao seu conceito legal, confundindo o ato legítimo como ato legal, em que o requisito para a legitimidade é a lei.

Será legal o procedimento que não for contrário à Lei. Conforme estabelece a Constituição Federal, artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A legalidade diz respeito à Lei material. Ilegal será o procedimento realizado que ir de encontro, ou seja, contrariar o estabelecido em lei.

Legitimidade diz respeito ao direito formal, ao procedimento. A legitimidade a ser analisada diz respeito à legitimidade para agir no processo penal e em regra somente podem demandar no processo penal aqueles que fazem parte da relação processual, quais sejam, os sujeitos da relação processual penal: o autor, o réu e o juiz. Cada qual propondo “ações” ou “procedimentos”, conforme seja seu direito ou dever.

Nessa distinção entre o que seria ilegalidade e ilegitimidade das provas, Denílson Feitoza esclarece que “vários autores brasileiros se inspiram em Pietro Nuvolone para estabelecer o que são as provas obtidas por meios ilícitos ou, mais sinteticamente, provas ilícitas, distinguindo-as das provas ilegítimas”(FEITOZA, 2009, p. 692).

Sobre o tema Eugênio Pacelli³¹ assevera que:

“A doutrina do processo penal faz distinção conceitual entre a prova ilícita e a denominada prova *ilegítima*. Ainda, segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual”.

Mas, Pacelli afirma ainda (idem), que as conseqüências jurídicas para ambas são as mesmas, ou seja, “seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2009, p. 324.

O conceito de ilícito tem origem no latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos, um restrito que quer dizer o proibido por lei, e outro mais amplo, que tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

Prova lícita é meio pelo qual se provará a veracidade dos fatos alegados, sendo aquela obtida dentro dos parâmetros estabelecidos em Lei, e, portanto, estritamente legal. O entendimento de Lei deve ser observado no sentido formal da palavra, ou seja, lei em sentido estrito (elaborada pelo Estado e imposta a todos, conforme artigo 59 da Constituição Federal). Assim, qualquer recurso utilizado para alcançar a verdade dos fatos alegados no processo que não contrariem o ordenamento jurídico, pode ser considerado prova lícita.

Já as provas ilícitas são aquelas que, como regra, não pode ser admitida no processo, por vício, pois em regra contraria um preceito legal.

A violação de norma de direito material, segundo Feitoza (2009, p.692) “dizem respeito à obtenção ou coleta da prova”. Como exemplo, a prova obtida por meio de tortura, que no caso há uma violação de uma norma material, pois a lei prevê essa conduta como crime, conforme previsto na lei 9.455/97.

Já as provas ilegítimas, violam norma de direito processual e dizem respeito à produção da prova. Por exemplo, a realização da busca e apreensão por um delegado de polícia sem o devido mandado judicial, e sem o flagrante delito, pois, conforme estabelece o artigo 240 do Código de Processo Penal, há requisitos para a realização da busca e apreensão, e, estar de posse de um mandado judicial é um deles (desde que não seja realizada pela própria autoridade judiciária).

A diferenciação entre elas – provas ilícitas e provas ilegítimas - está no tipo de violação, se de direito material ou de direito processual.

A cada uma dessas violações geram-se diferentes efeitos no processo. Segundo estabelece o artigo 157 do Código de Processo Penal as provas obtidas com violação de normas constitucionais ou legais, portando ilícitas, não podem ser admitidas no processo, devendo ser

desentranhadas. São também inadmissíveis no processo as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2011, p.367) provas ilícitas englobam as provas ilegal e ilegítima, preferindo pelo entendimento mais amplo do termo.

Dentro dessa ótica, Guilherme de Souza Nucci³² nos ensina que:

“O que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Esse último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo”.

Diferentemente, é o nosso entendimento sobre o assunto, destacando-se uma diferenciação dos termos provas ilícitas e provas ilegítimas. Havendo violação a uma norma de direito material estaríamos diante de uma prova ilícita, por outro lado, se a violação for de natureza processual aí a ilegitimidade.

As irregularidades meramente processuais podem ser convalidadas, ao contrário, as irregularidades materiais jamais poderão ser aceitas no processo. As provas ilegítimas estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo, de outra sorte, as provas ilícitas oriundas de uma violação ao direito material, jamais poderão ser aceitas.

Nesse entendimento Feitoza³³ esclarece que:

“As provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo”.

“As provas ilícitas, é que necessitariam da previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo, pois, do contrário, poderiam ter eficácia, em virtude de

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p. 367.

³³ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal**. Teoria, crítica e práxis. 2009, p. 692.

nem sempre violarem norma processual. A sua inadmissibilidade no processo significa que devem ser desentranhadas do processo, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial”.

Corroborando com esse entendimento e acrescentando mais uma vertente, Alexandre de Moraes³⁴ defende que:

“as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto as **provas ilícitas** são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as **provas ilegítimas** são 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 se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”.

Como vimos anteriormente esse entendimento não é pacífico na doutrina, tanto quanto a classificação das provas em ilícitas e ilegítimas, quanto de seus efeitos no processo, são assuntos controversos. Para uns – Pacelli e Nucci - os efeitos são os mesmos, independente da classificação; já, para outros como Feitoza e Alexandre de Moraes, a diferenciação determina efeitos diversos no processo.

Essa diferenciação de provas ilícitas e provas ilegítimas é de suma importância na análise e consequente formação da conclusão de nosso estudo, vez que está intimamente ligada ao tema, devendo, portanto, ser motivação para a conclusão do trabalho.

Cabe ressaltar que para alguns doutrinadores, essa diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas, com o advento da Lei nº 11.690/2008, deixou de existir, pois, a Lei alterou o artigo 157 do código de Processo Penal e definiu as provas ilícitas como as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

³⁴

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2000, p.117.

7. LEGITIMIDADE PARA SOLICITAÇÃO E A LEGALIDADE NO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

No artigo 242 do CPPB o legislador definiu que a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Eugênio Pacelli³⁵ sobre o assunto define *parte* da seguinte maneira:

“No sentido técnico que empresta a boa doutrina processual, refere-se tanto àquela pessoa que pede algo em juízo quanto àquela perante a qual é feito o pedido. Em uma linguagem mais simples, as partes seriam o autor (que pede) e o réu (do qual ou perante o qual se pede)”.

Portanto, na fase processual, quando há a formação da relação processual, com a conseqüente definição dos sujeitos do processo, o autor, àquele que pede, seria o Ministério Público, exclusivo detentor da titularidade da ação penal – na ação penal pública - e de outro lado o réu, àquele sobre o qual recai a acusação, ou ainda, no caso de ação penal privada, a vítima ou seu representante legal.

Nos termos do art. 129, VIII, da Constituição Federal, constitui função institucionais do Ministério Público, dentre outras, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Nesse mesmo sentido afirma o Desembargador Sérgio Paladino³⁶:

“Conforme salientado pelo operoso Promotor de Justiça, Dr. Alexandre W. Lemos, o Ministério Público é parte no processo penal, e como tal pode apresentar requerimento de busca e apreensão, conforme preceitua o art. 242 da Lei Processual.”

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 425.

³⁶ Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 050470-5.2007. Rel. Des. Sérgio Paladino.

Até aqui estamos falando especificamente da fase processual, fase esta precedida da denúncia do *parquet*, devendo também ser observada a fase pré-processual, àquela em que irão ocorrer as diligências a fim de subsidiar o Ministério Público no oferecimento da denúncia.

É nessa fase pré-processual que entra, por força do artigo 241 do CPPB, a função de requerimento/representação do mandado de busca e apreensão pelo Delegado de polícia civil - autoridade policial -, já que não poderá mais ser realizada a busca e apreensão, pela autoridade policial sem a expedição de mandado pelo juiz competente, conforme estabeleceu o artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido Nestor Távora citando Cleonice Bastos Pitombo esclarece que nenhuma autoridade administrativa (civil ou militar) podem determinar a busca e apreensão, podem, entretanto, pedir a restrição ao direito fundamental ao poder judiciário. (PITOMBO, 2005, p. 186-187).

Ainda, segundo CPPB em seu artigo 4º, além das autoridades policiais (delegado de polícia), as funções de polícia judiciária poderão ser exercidas por outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Cabe ressaltar ainda, a relevância do artigo 3º do CPPB que prevê a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito à lei processual penal.

É nesse entendimento que Denílson Feitoza³⁷ defende o requerimento e o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar:

“A busca, portanto, não é instrumento exclusivo da polícia investigativa (“polícia judiciária”). A Polícia Militar, mesmo na sua função específica de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode requerer a expedição de mandado de busca e apreensão, para cumprimento de seu dever de prender quem esteja em flagrante delito (com fundamento no art. 240, § 1º, alínea *a*, c/c art. 243, § 1º, e art.301, todos do CPP, e art. 144, § 5º, CR), sem significar uma investigação criminal”.

³⁷FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal**. 2009, p. 773.

Nesse mesmo sentido segue o julgado do TJSC³⁸:

RECLAMAÇÃO. PEDIDO MINISTERIAL DE BUSCA E APREENSÃO A SER CUMPRIDA PELA POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ÂMBITO ESTADUAL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE EXIGEM ATUAÇÃO IMEDIATA DO ESTADO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA POLÍCIA MILITAR EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

Em regra, os mandados de busca e apreensão serão cumpridos pela Polícia Civil. Todavia, dadas as particularidades do caso concreto, não há óbice na execução pela Polícia Militar, uma vez que o art. 144 da Constituição Federal, ao tratar dos órgãos da segurança pública, estabelece exclusividade das funções de polícia judiciária tão-somente para a Polícia Federal em relação à União, o que não ocorre no âmbito estadual.

Argumentou, em síntese, que o art. 242 do Código de Processo Penal faculta ao Ministério Público requerer buscas, pois atua como parte, optando o órgão Ministerial pelo cumprimento da medida pela Polícia Militar, resguardando-se o sigilo das informações, essenciais em medidas cautelares desta espécie, e por razões de logística, diante do efetivo superior e de fácil mobilização. Frisou que após cumpridos os mandados de busca e apreensão a autoridade policial civil poderia tomar as providências finais, formalizando inquérito policial ou auto de prisão em flagrante, a critério do Ministério Público, pois o inquérito policial é prescindível.

Asseverou que o Ministério Público pode promover diretamente a investigação criminal, possuindo autonomia para demandar diretamente a busca e apreensão e encetar diligências, ainda que utilize outros órgãos ligados à segurança pública, como a Polícia Militar. Trouxe exemplos de diferentes órgãos atuantes na apuração de práticas criminosas, como a Polícia Militar Ambiental, Banco Central, Receitas Federal e Estadual, bem como forças-tarefa constituídas pela junção de servidores de diferentes instituições, muitas vezes sem participação das polícias judiciárias.

³⁸

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Reclamação nº 030687-2, 2008**. Relator: Desembargador Victor Ferreira.

Acresce que os policiais militares, que diuturnamente realizam prisões em flagrante e apreensões, por certo possuem conhecimentos suficientes, inclusive jurídicos, para cumprimento dos mandados em questão.

É de conhecimento público que praças e oficiais recebem formação nas áreas do direito que lhes competem, de maneira que estes últimos participam, inclusive, dos Conselhos de Justiça Militar, atuando como Juízes (art. 125, § 5º, CF).

Por derradeiro, cumpre salientar que este Tribunal, em recentes julgados, assentou a possibilidade da Polícia Militar executar interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão:

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - PROCEDIMENTO EFETUADO PELA POLÍCIA MILITAR - POSSIBILIDADE - ESCUTAS ANTECEDIDAS DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 9.296/96) - INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA NAS VOZES GRAVADAS E DE TRANSCRIÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS QUE NÃO INVALIDAM AS INFORMAÇÕES COLETADAS - CONFIRMAÇÃO, ADEMAIS, PELA PROVA ORAL PRODUZIDA - VALIDADE - PREJUDICIAL AFASTADA [...] (Apelação Criminal n. 2007.006451-7, de Mafra, rel. Des. Jorge Mussi, j. 3-7-07).

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE RELAXAMENTO FUNDADO NO ARGUMENTO DE QUE O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FOI CUMPRIDO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EIVA NÃO VERIFICADA. AUTO FORMALMENTE PERFEITO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

A Polícia Militar é competente para cumprir mandado de busca e apreensão destinado à apuração de crime comum, hediondo ou a este equiparado, visto que o Decreto Estadual n. 660/07 veda apenas a investigação de crime de menor potencial ofensivo [...] (Habeas Corpus n. 2008.005571-7, de Canoinhas, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 1-4-08).

Nos termos do voto do relator, esta Primeira Câmara Criminal, à unanimidade de votos, resolveu julgar procedente a reclamação para deferir a busca e apreensão, a ser cumprida na forma pleiteada pelo Ministério Público.

Esse é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁹, conforme julgado:

“a realização de busca e apreensão por policiais militares não ofende o artigo 144 da Constituição Federal, não podendo ser acoimada de ilícita a prova que resulte do cumprimento do mandado por referidas autoridades”.

Sustenta Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo que durante a investigação criminal a diligência será de exclusividade da polícia civil, porém, em casos excepcionais poderá ser realizada pela Polícia Militar (PITOMBO, 2005).

Para Guilherme de Souza Nucci⁴⁰ o cumprimento do mandado de busca e apreensão não é de exclusividade da polícia civil, mas, e somente em casos excepcionais poderá a medida ser cumprida pela polícia militar. É nesse sentido que afirma:

“A nós, parece que a função investigatória precípua , de acordo com a Constituição Federal, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Não deve, naturalmente, ser regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal”.

Corroborando com Guilherme de Souza Nucci, Espínola Filho afirma que “apresentando-se **quaisquer agentes policiais**, oficiais, ou serventuários da justiça, com o propósito de realizarem uma busca, [...]” (ESPÍNOLA FILHO, 1955, p.212) (Grifo nosso).

Ainda, defendendo a supremacia do interesse coletivo Guilherme de Souza Nucci⁴¹ aponta:

“[...] a separação das polícias é o principal problema enfrentado, mas tal situação, que é, sobretudo política, **não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança**, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita de provas. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder as buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a

³⁹ Superior Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus nº 131.836/RJ, 2010**. Relator: Ministro Jorge Mussi.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2011, p. 564.

⁴¹ NUCCI, op. Cit., 565.

diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do ato” (negrito nosso).

Mesmo que não seja sob a ótica da supremacia do interesse coletivo em detrimento do direito individual, à luz da Constituição Federal, a Suprema Corte brasileira, através de julgado do Recurso Extraordinário⁴², reconheceu da atribuição da Polícia Militar na solicitação e no cumprimento do mandado de busca e apreensão, conforme se vê:

“o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar não fere os §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal”.

“Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competências, porque não foram realizados atos de investigação nem de instrução, reservados a função de polícia judiciária”.

“A ação, como se vê, cabia no âmbito de atribuições conferidas à polícia militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública”.

Portanto, à luz da interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, sob a ótica da interpretação extensiva e aplicação analógica do direito processual penal, como prevê o artigo 3º da Lei Processual Penal, pode a polícia militar no cumprimento de sua missão constitucional ampla de preservação da ordem pública, solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão. Ainda, sob a ótica majoritária dos doutrinadores, trata-se de procedimento legal e legítimo.

⁴²

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 404.593/ES. Min. Rel. Cezar Peluso. 2009.

8. CONCLUSÃO

Da análise feita da bibliografia consultada, sobre o tema ora proposto, somos do parecer sobre a legitimidade da solicitação e da legalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar estadual.

Para chegarmos a essa conclusão destacaremos os pontos relevantes aos problemas apresentados sobre o tema, ao que passamos a expor.

Preliminarmente destacamos que nenhum direito ou garantia é absoluto. Mesmo que garantido em nossa Carta Magna, como direito e garantia fundamental não será considerado direito absoluto.

Apesar de a medida cautelar de busca e apreensão restringir direitos constitucionais fundamentais, de inviolabilidade do domicílio, de direito a intimidade e a privacidade, e ainda, de direito a incolumidade física e moral do indivíduo, é cabível quando comprovada as *fundadas razões* que autorizem a medida, que é excepcional. Para tanto, deve-se pautar pela **necessidade**, **conveniência**, e **proporcionalidade** da medida, ou mesmo, por analogia, conforme alteração recente no Código de Processo Penal explicitada no artigo 282, que trata das medidas cautelares, deve-se observar a **necessidade** e a **adequação** como requisitos para a fundamentação da expedição da medida de natureza cautelar.

Devem ser observados ainda, dois requisitos intrínsecos, relativos à prova a ser produzida, quais sejam: a **urgência** e a **relevância**. Quanto à urgência demanda-se a realização de imediato, sob pena de se perder o objeto ou pessoa pretendidos. Quanto à relevância, essa exige-se importância ímpar e de grande valor probatório.

Presentes todos esses requisitos deve o magistrado, ouvido o Ministério Público, deferir a solicitação do mandado de busca e apreensão, para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Mesmo que possa parecer contraditório, é possível realizar uma busca domiciliar sem que essa fira os direitos constitucionais de intimidade e violação da vida privada, realizando-a obedecendo aos ditames da lei e ainda sem expor os que têm a medida decretada em seu desfavor.

O direito individual não pode ser resguardado em detrimento de um direito coletivo, pois estaríamos diante de uma violação do próprio direito a dignidade da pessoa humana em âmbito coletivo. A medida é cabível ao que pese o interesse fundamental coletivo, se sobrepôr ao fundamental individual.

O policial militar no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal, e pelas leis (Constituição Estadual, e outras), sobre a ótica do Direito Administrativo, trata-se de uma autoridade policial administrativa, assim como a autoridade policial - Delegado de Polícia - que exerce a *função* de autoridade de polícia judiciária pelo “poder de polícia”, não pela pessoa, mas, pelo cargo que ocupa.

Para garantir o cumprimento de sua missão constitucionalmente prevista, o policial militar, poderá, para se resguardar de responder por crimes (como a violação do domicílio), solicitar um mandado judicial de busca e apreensão para prender em flagrante, uma pessoa no quais os *indícios* apontem estar cometendo um crime classificado como de flagrante permanente. O que ocorreria no caso do cometimento dos crimes de posse ilegal de drogas ilícitas, mantendo-as em depósito, para comercializá-las, ou ainda, de posse irregular de arma de fogo, por exemplo.

É verdade que nos casos explicitados anteriormente, não haveria a necessidade de um mandado de busca e apreensão, pois, ocorrendo o flagrante é dispensável essa medida cautelar para se adentrar a uma residência e efetuar a prisão do infrator e a apreensão do material ilícito encontrado.

Porém, indícios não resguardam os policiais se caso nada for encontrado, mas, servem como *fundadas razões* para a solicitação e conseqüente expedição do mandado judicial, a fim de que se respeitem as próprias regras constitucionais.

Assim, a medida seria dispensável, no caso de flagrante delito, sendo utilizada apenas para resguardar a ação policial quanto a possível não localização do material ilícito, como poderia ocorrer, por exemplo, se os policiais ao adentrarem a residência não localizassem o material ilícito, por ter o suspeito eliminado as provas antes de sua apreensão, descaracterizando assim o flagrante. Sendo assim, a medida seria para resguardar uma ação policial legal e legítima.

Preferimos utilizar a expressão **solicitação** ao *requerimento*, por ser essa última mais apropriada ao momento processual, sendo aquela utilizada para a fase pré-processual e até mesmo pré-inquérito, pois na fase de inquérito a expressão correta seria a *representação* (feita pelo Delegado de Polícia).

O requerimento é cabível em fase processual e somente é possível às partes: juiz, Ministério Público, assistente da acusação e o réu, sendo essas as pessoas que formam a relação processual.

Na fase pré-processual e até mesmo pré-inquérito é perfeitamente possível à solicitação do mandado de busca e apreensão domiciliar, como pudemos analisar das teses doutrinárias e jurisprudenciais, bem como da própria previsão no Código de Processo Penal em seu artigo 156, I, c/c com o artigo 242 do mesmo ordenamento jurídico. Para tanto, deve ser observado os requisitos previstos no inciso, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, e ainda, os já mencionados para a produção antecipada de provas, quais sejam: a urgência e relevância.

Não há que se falar em conflito de atribuições, pois a polícia civil é exclusivamente responsável pela **apuração dos fatos já ocorridos**, através do inquérito policial, procedimento administrativo que inclusive é dispensável, tanto para a formação da convicção do *Parquet* no oferecimento da denúncia quanto do magistrado.

No caso específico em análise, a polícia militar através de sua missão constitucional de preservação da ordem pública, poderá proceder aos chamados “levantamentos” dos indícios, para que se confirmado, solicitar a medida instrumental/cautelar ao judiciário. Estaríamos aí diante das “fundadas razões” a que alude o Código de Processo Penal.

Dessa forma, se já ocorrido o fato, e descaracterizado o flagrante, caberia única e exclusivamente a polícia civil, a apuração da autoria e da materialidade para o indiciamento do acusado, através do inquérito policial, procedimento administrativo de caráter informativo, preparatório da ação penal.

Os chamados *levantamentos* não podem ser confundidos com as *investigações*, pois essa última nos remete, como já dissemos, à apuração de fatos já ocorridos e descaracterizados do flagrante, sendo aqueles (levantamentos) uma “investigação preventiva” com a finalidade única de confirmar indícios.

Assim, a par dos indícios, poderia sim, o Policial Militar, como autoridade policial que é, investida do poder de polícia legalmente lhe conferido pela Constituição Federal e pelas Leis infraconstitucionais, solicitar junto ao órgão do poder judiciário a expedição do mandado de busca e apreensão domiciliar, quando a medida se mostre urgente e relevante, para que cumpra com seu dever legal de prender quem quer que esteja em flagrante delito.

Assim determina a lei: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes **DEVERÃO** prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (art. 301 CPPB).

Dessa forma, podemos concluir que é **DEVER** do policial militar prender quem estiver no flagrante de um crime. Cabe ressaltar que, nos casos dos crimes de posse irregular de arma de fogo e de posse de drogas ilícitas, tratam-se de infrações permanentes e, portanto, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Para que se concretize em um ato legal, depois de cumprida a medida judicial de busca e apreensão, deverão os executores (policiais militares responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial), remeter todo o material apreendido e as pessoas presas ou apreendidas, à presença da autoridade de polícia judiciária (Delegado) para a ratificação ou não do flagrante.

Assim, podemos observar que o inquérito policial é preservado, assim como a posterior investigação, para a produção de “provas” a fim de subsidiar o órgão do Ministério Público na propositura da ação penal.

Diante do exposto, não há que se falar em ilegalidade da “prova” produzida por meio da solicitação e do cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pela polícia militar, uma vez que, não há proibição constitucional ou legal expressa sobre o procedimento.

Também, não há que se falar em ilegitimidade para a solicitação do mandado de busca e apreensão domiciliar, porquanto não há vedação legal, e a missão constitucional de “*preservação ordem pública*” ampla, engloba inclusive as atribuições das demais instituições policiais, em caso de falência ou incapacidade operacional delas.

Essa medida por ser excepcional não poderá jamais ser banalizada e para tanto deve sempre ser remetida à análise do Ministério Público, como órgãos que é fiscal da lei e das atividades policiais, para que se evitem abusos, devendo ainda, serem observados pelo magistrado os requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade, para a produção antecipada de provas, afinal busca-se inverter o procedimento natural.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
2. ASSIS, Jorge César de. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2002.
3. BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
4. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 43 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 404.593-1/ES. 2. Turma. Min. Rel. Cezar Peluso, julgado em 18.08.09. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604641>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
7. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
8. FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói: Impetus, 2009.
9. GRECO, Rogério. **Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
10. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.
11. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
12. LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
13. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
14. MINAS GERAIS. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>> . Acesso em: 10 set. 2011.
15. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1.0317.08.087822-4/001. Dês. Rel. Herculano Rodrigues, julgado em 23.04.09. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=317&ano=8&txt_processo=87822&complemento=1>. Acesso em: 03 set. 2011.

16. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1993.
17. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
18. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
19. NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
20. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
21. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
22. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Reclamação n. 2008.030687-2. Dês. Rel. Victor Ferreira, julgado em 29.10.08. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/a2008/20080046000.PDF>>. Acesso em: 20 Set. 2011.
23. SILVA, Antônio Álvares. **Polícia e carreira jurídica**. Jornal Hoje em Dia, Belo Horizonte, 1º de julho de 2010.
24. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Bahia: Juspodivm, 2011.
25. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Síntese do curriculum do autor

Walyson Pinheiro Inácio, bacharel em direito, aprovado no VIII Exame Unificado da OAB, pós-graduando em direito constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti, 2º Sargento da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, atualmente exercendo a função de assessor jurídico/militar do Deputado Estadual Cabo Júlio na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.