



FACULDADE DE SABARÁ  
CURSO DE BACHAREL EM DIREITO

CAMILA KETLEN SANTOS DE PAULA

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A LEI COMO GARANTIA  
CONSTITUCIONAL E A BUSCA E APREENSÃO**

**SABARÁ  
2023**

CAMILA KETLEN SANTOS DE PAULA

**INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E A LEI COMO GARANTIA  
CONSTITUCIONAL E A BUSCA E APREENSÃO**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do 9º período, do Curso de Graduação e Bacharelado em Direito da Faculdade de Sabará, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, além da conclusão do curso, pela Faculdade de Sabará

Orientador(a): Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Cláudia Leite Leonel

**SABARÁ**  
**2023**

## RESUMO

O Processo Penal busca aliar o dever de punir do Estado às infrações penais, ao mesmo tempo resguardando a liberdade de cada indivíduo. A busca e apreensão tem como seu principal objetivo dentro do processo penal a proteção da intimidade e a vida privada das pessoas, prezando também pela integridade física e moral de cada pessoa, associado a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Os preceitos do processo são essenciais para a concretização das garantias e direitos fundamentais, contudo, o Código de Processo Penal, referente à matéria de busca e apreensão, não é de boa metodologia, tratando-a de forma única.

**Palavras-chave:** Direito. Domicílio. Busca e Apreensão. Inviolabilidade. Processo Penal.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 7  |
| <b>1 NOÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À INTIMIDADE</b> .....                         | 8  |
| 1.1. A INTIMIDADE COMO FORMA DE DIREITO DA PERSONALIDADE .....                 | 8  |
| <b>2. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA</b> .....                                      | 9  |
| <b>3. A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....          | 10 |
| 3.1. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....    | 12 |
| <b>4. NOÇÃO DE DOMICÍLIO E COMPREENSÃO DA PALAVRA CASA</b> .....               | 13 |
| <b>5. A BUSCA E A APREENSÃO DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</b> ..... | 16 |
| <b>6. DA BUSCA</b> .....   | 17 |
| 6.1. MODALIDADES DE BUSCA .....  | 19 |
| 6.2. DA BUSCA DOMICILIAR .....   | 19 |
| 6.3. DA BUSCA PESSOAL .....  | 21 |
| 6.4. BUSCA EM VEÍCULOS .....   | 21 |
| 6.5. DO HORÁRIO DA BUSCA .....   | 21 |
| <b>7. DA APREENSÃO</b> .....   | 22 |
| 7.1. BUSCA E APREENSÃO E AS PROVAS ILÍCITAS .....                              | 24 |
| <b>8. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE</b> .....                                    | 28 |
| <b>9. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO</b> .....                                  | 29 |
| 9.1 DAS PROVAS ILÍCITAS .....  | 30 |
| 9.2 CONSEQUÊNCIAS DA VALORAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS ...             | 30 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....   | 32 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 34 |

## INTRODUÇÃO

A busca e apreensão serão estudadas em acordo pleno com Constituição Federal de 1988, pois no Estado de Direito, a verdade tem ser válida e totalmente admissível. Torna-se incoerente, não relacionar o processo penal com os princípios e preceitos da Constituição Federal (CF).

A busca e apreensão serão decorridas, nesta presente monografia, sob a visão dos direitos e garantias do indivíduo, a fim de que seja resguardada a sua proteção, descritos na CF/88, o (art. 5º, inc. XI, da CF/88), enquanto a busca pessoal está sujeita a integridade física e moral do indivíduo o (art. 5º, III, da CF), sendo que assim as duas modalizem então resguardadas e pautadas, na proteção da intimidade da vida privada (art. 5º, X, da CF).

Em formato legal da busca e apreensão, em conformidade com a lei, atua como uma maneira de conter, o crescimento da criminalidade atual. As buscas e apearfeições ilegal, fere os direitos e garantias fundamentais, com ênfase na inviolabilidade do domicílio, local este no qual, não podendo ser adentrado sem mandado judicial ou para tal perigo eminente no domicílio.

Assim, a busca e apreensão serão estudadas e baseadas no CPP, ele deve ser utilizado para instrumento de acusação do réu e proteção ao autor.

Há, ainda, coisas que não podem ser apreendidas e, por isso mesmo, devem ser colhidas do local onde foram achadas, como ocorre na procura para obter impressões digitais, para colher saliva, sangue, pelo ou outros vestígios e elementos materiais necessários à reconstrução do fato.

Portanto, entende-se e compreende-se que a monografia precisou ser dividida em alguns capítulos, nos quais se descrevem as temáticas e as tratativas sobre cada tópico; baseado nas opiniões e doutrinas dos estudiosos e autores do assunto.

Os capítulos se dividem em nove seções, abordando as especificidades das modalidades da busca e apreensão; bem como os apontamentos necessários para a construção de um raciocínio que conseqüentemente, resultou em uma conclusão.

Nota-se que a metodologia utilizada para construção da presente monografia está baseada em artigos e textos de Direito extraídos de livros e de plataformas digitais como o Google Acadêmico; com destaque dos autores como Fernandes (1977), Avolio (2003), Fregadolli (1998), dentre outros contribuintes.

## 1 NOÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade é aquele no qual se preserva do conhecimento alheio, reservando da nossa própria vivência.

Conforme Fernandes (1977), a tutela da intimidade iniciou-se a partir do século XIX, em uma questão mais diversa da proteção da intimidade, contudo, o seu crescimento só se tornou notório, quando houve o crescimento da população, neste mesmo século.

Antecedendo este século há apenas citações, nas quais não se evidência vida privada. O direito à intimidade descende dos direitos da personalidade, com base nos direitos e garantias fundamentais.

Porém, considera-se como o ponto de partida do estudo da intimidade, a publicação do artigo “*The Right to Privacy*”, dos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis (1890), no qual foi relatada a necessidade do reconhecimento legal do direito de estar só, da utilização de certos remédios da “*commonlaw e da equity*” para a tutela da intimidade e dos limites legais de tal direitos fundamentais.

Durante o século XX, com o desenvolvimento da imprensa, a crescente concentração urbana, as inovações científicas e o progresso tecnológico fundamentais.

### 1.1. A INTIMIDADE COMO FORMA DE DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são direitos no qual se torna essencial a cada pessoa, associado à sua importância para sua formação como cidadão. São aqueles direitos que acontecem pelo simples fato de seu nascimento, aqueles nos quais se formam até a vida adulta.

Segundo Fregadalli (1998), entre os direitos de personalidade, temos, então, o direito à vida privada e à intimidade.

[...] O enquadramento do direito à intimidade como direito da personalidade fica evidente quando notamos o caráter essencial de ambos, representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana.

As características que identificam os direitos de personalidade determinam, igualmente, o Direito à intimidade, pois são ambos pessoais, extrapatrimoniais, inalienáveis, absolutos, imprescritíveis. E se trata, ainda, de direitos postos e garantidos pelo Estado [...]

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos que são atributos da personalidade humana, ligados à essência do indivíduo, assim como os direitos conforme citado por Fregadolli (1998).

Ainda conforme Fregadolli (1998); apesar do direito à intimidade e a vida privada serem considerados direitos de personalidade, podem ser interpretados como direitos pessoais do indivíduo, como forma de requisito para sua formação pessoal.

Essa redução não pode de maneira alguma significar constrangimento da liberdade da pessoa ou o sacrifício de sua personalidade, de modo que a indisponibilidade se torne a regra. Este modo, para ter validade precisa ser específico e trazer com si, os fins para os quais está vinculado.

Entende-se com isso que o direito à vida privada possui um regime que lhe caracteriza como seu, sendo limitado pelos princípios do direito à diferença e o de manter exclusividade nas escolhas das opções pessoais de cada um; garantindo assim a simplicidade eminente a cada ser humano, bem como permite a aceitação das diferenças. Atualmente, com a diversidade da cultura determinada pelos atuais meios de comunicação, bem como pela progressiva automação, esse princípio é de grande relevância na preservação da individualidade do ser humano.

Portanto, ambos os princípios devem conduzir a interpretação das normas conforme à proteção da vida privada. Logo, esses princípios permitem afirmar que a privacidade de um indivíduo encontra seus limites não só na privacidade de outro indivíduo; mas também na necessidade de garantir a variedade do espaço público.

## **2. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA**

A vida privada é formada pelo fato em que somente a própria pessoa pode decidir em divulgar ou não suas informações pessoais. Bem como a intimidade diz sobre o seu jeito de ser, agir e sua identidade. Podendo ser muito confundido com a vida privada.

O inciso X do art. 5º da CF/88 dispõe: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Este art. oferece ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste também na opção que permite a cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. Esta seria a finalidade da regra contida naquele inciso.

Nota-se que neste dispositivo também são declaradas invioláveis a honra e a imagem das pessoas. Apesar de serem direitos de personalidade, não se confundem com os conceitos de intimidade e vida privada. A honra manifesta a dignidade da pessoa humana, a sua reputação, as suas qualidades, de modo em que todo indivíduo tem o direito de resguardá-la contra ofensas.

Este enquadrar no campo do direito físico, bem como do direito da personalidade, protegendo a pessoa de ter sua imagem divulgada sem a sua permissão, na qual lhe cabe autorização.

No mesmo sentido assegura Darcy Arruda Miranda ao propor que devem ser considerados como pertencentes à vida privada da pessoa, “*não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte*”. Dessa maneira, a intimidade se torna uma espécie do gênero Privacidade.

### **3. A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A casa pode ser considerada com um marco da civilização, tornando assim, a casa passou a ser protegida pela CF/88, denominada como um asilo inviolável.

A inviolabilidade de domicílio está assegurada no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, inciso XI, no qual dispõe 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. [...]

Sendo assim, durante a noite, a entrada em casa alheia somente é permitida sem o consentimento do morador nas hipóteses de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro; enquanto durante o dia, além dessas hipóteses também por determinação judicial. *“Logo, nos casos em que a própria Constituição Federal ressalva, ela é permitida, até porque a relevância de tais situações (flagrante delito, desastre ou necessidade de prestação de socorro) importa sua prevalência sobre a privacidade tutelada”*.

Em relação ao objeto protegido esta norma constitucional, é o entendimento de Silva (2003) ao dizer que, a propriedade não será o objeto de tutela, mas sim o respeito à personalidade, que se refere à vida íntima e privada do sujeito. Além do mais, diz ainda o seguinte:

[...] A proteção dirige-se basicamente contra as autoridades. Visa impedir que estas invadam o lar. Mas também se dirige aos particulares. O crime de violação de domicílio tem por objeto tornar eficaz a regra da inviolabilidade do domicílio [...] (SILVA; 2003, p. 436).

O flagrante delito refere-se a crimes ou contravenções penais, de modo em que se na residência em que se esteja sendo observada pelos agentes da lei [algo que eles possam desconfiar de um delito], esta invasão se tornaria válida e eficaz. Também, a entrada pode ser lícita em casos em que a perseguição for praticada fora de casa.

A possibilidade da prestação de socorro foi recepcionada pelo texto constitucional, uma vez que alguém pode necessitar de socorro sem que tenha ocorrido algum desastre.

Todavia, é preciso que alguém esteja correndo sério risco e que a pessoa sozinha não possa pedir ajuda.

A determinação judicial, durante o dia, para entrada em casa alheia sem o consentimento do morador, comporta uma chamada reserva jurisdicional. É o juiz que analisará, em cada caso concreto, se é preciso a invasão domiciliar.

Nota-se que foi impossibilitada a invasão domiciliar por decisão administrativa. Uma das hipóteses de entrada em casa alheia sem o consentimento do morador, por determinação judicial, durante o dia, refere-se aos casos em for necessário a efetuação da busca e apreensão.

### 3.1. A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do domicílio como regra do ordenamento jurídico. Atualmente existem várias vertentes a respeito da inviolabilidade do domicílio, são adotados pelos autores dos mais variados critérios, justamente pelo fato de não existir um tratamento mútuo destas vertentes.

Para Silva (2003), a classificação dos direitos fundamentais deve ser conforme o Direito Positivo, da forma em que esses direitos se posicionam no ordenamento jurídico. Assim, os direitos individuais, situados no art. 5º da Constituição Federal, subdividem-se em direito à vida, direito à intimidade, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade.

Já as garantias constitucionais individuais compreendem o princípio da legalidade, o princípio da proteção. A cláusula da inviolabilidade de domicílio, portanto, expressa o direito à liberdade de domicílio, bem como a garantia desse direito.

Na sequência, Silva (2003) ao atualizar a lição de Ruy Barbosa, acrescenta que, em muitos casos, o direito fundamental está implícito numa norma de garantia.

Assim, quanto ao inciso XI do art. 5º da Constituição de 1988, o direito estaria na declaração de que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” e a garantia estaria expressa em *“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”*. Neste dispositivo, então, está consagrado o direito à intimidade, ao acesso do lar.

Na classificação de Silva (2003), a inviolabilidade de domicílio é uma das manifestações da inviolabilidade do direito à segurança prevista no caput do art. 5º, da CF.

Ainda conforme Silva (2003):

[...] o caput do art. 5º fala em inviolabilidade do direito (...) à segurança, o que não impede seja ele considerado um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança. Efetivamente esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral [...])

A cláusula da inviolabilidade de domicílio, portanto, expressa o direito à liberdade de domicílio, bem como a garantia desse direito já adquirido.

Confirma-se que a inviolabilidade do domicílio assegura como finalidade a proteção da casa e do domicílio no qual se usufrui o indivíduo, utilizando-se para proteção pessoal e familiar.

Atualmente, compreende que a casa é um direito à intimidade, conseqüentemente entende-se que a inviolabilidade do domicílio tem como objetivo proteger a intimidade do indivíduo. A casa é um local onde se busca abrigo e proteção, sendo ela um espaço reservado, fazendo com que assim não se aceite a intrometerão de outros indivíduos nós quais não sejam convidados a adentrar em sua residência.

A inviolabilidade do domicílio é resguardada a todo cidadão. Vale ressaltar que o protegido da inviolabilidade do domicílio é o morador, cuja abita naquela casa, podendo ser ela pessoa física ou pessoa jurídica.

#### **4. NOÇÃO DE DOMICÍLIO E COMPREENSÃO DA PALAVRA CASA**

A expressão inviolabilidade do domicílio é reconhecida somente pela doutrina, e não como forma legal, no entanto, a expressão utilizada pela CF é “casa”. Apesar disso não traz a definição do termo casa.

No entanto, a expressão domicílio possui significações diferentes no âmbito civil, penal e constitucional.

No âmbito do Direito Civil, o Código Civil de 2002 estabelece que o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ele estabelece a sua residência com ânimo definitivo (segundo o que diz o art. 70). Apresenta um elemento objetivo, que é a fixação da pessoa em determinado lugar, e um elemento subjetivo, que é a intenção de permanecer no local com ânimo definitivo.

O CC define, ainda, o domicílio plural, para os casos em que a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente vários centros de ocupações habituais, quando será considerado domicílio qualquer destes ou daquelas (conforme acordo nos Arts. 71 e 72). Define também como domicílio o lugar onde o indivíduo for encontrado, caso não tenha residência habitual, ou empregar a vida em viagens, sem ponto central de negócios (art. 73).

O domicílio distingue-se de residência ou habitação, sendo um conceito jurídico. É o local onde a pessoa pratica habitualmente seus negócios e atos jurídicos, onde se presume presente para efeitos de direito. O domicílio expressa uma relação existente entre a pessoa e a sua sede jurídica.

A residência é o lugar que a pessoa habita com intenção de permanência, enquanto na habitação ou moradia há apenas uma relação de fato, de caráter transitório; sendo o local que a pessoa ocupa, sem o ânimo de ficar.

Dessa forma, a noção de domicílio do Direito Civil não serviria para caracterizar constitucionalmente a inviolabilidade de domicílio, nem para a compreensão do termo casa, resguardado na Constituição.

Tangente ao Direito Penal, a casa é definida no artigo 150 do Código Penal, que prevê o crime de violação de domicílio. Assim, esse artigo dispõe: *“art 150: Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”*; onde:

§ 4º A expressão “casa” compreende: I - qualquer compartimento habitado;  
II - aposento ocupado de habitação coletiva;  
III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. § 5º Não se compreendem na expressão “casa”  
I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;  
II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

Assim, a noção de domicílio em Direito Penal demonstra ser ampla, mesmo porque, apesar do Código usar a expressão violação de domicílio para definir o tipo penal previsto no art. 150, a própria redação deste artigo refere-se ao termo casa, de modo que não só o domicílio é tutelado, mas todo local habitado ou em que a pessoa exerça atividade privada. Logo, casa, para efeitos penais, é lugar onde se desenvolve a atividade familiar ou doméstica, podendo ser edifício, construção, ou até mesmo cabanas de caminhões, trens, navios, nos quais haja local próprio para a permanência do morador; bem como trailers, barracas, grutas com moradores, ou seja, qualquer compartimento que nele esteja ocupado por um ou mais indivíduos.

Compreende-se o conceito de casa, o lugar de compartimento fechado ao público, onde no qual o indivíduo exerce profissão pessoal ou empresária. Casa por sua vez, pode ser definida também em um local de aposento seja uma ocupação coletiva, seja ela um quarto de hotel, conjuntos habitacionais, prédios ou até mesmo pensões. No conceito de casa também estão inclusos aqueles lugares nos quais estão sendo utilizados para garagens, jardins, quintais etc.

No que constitui crime de violação de domicílio, é necessário que a casa seja habitada, não sendo necessário que os moradores estejam presentes no momento da abordagem.

Contudo, o código penal não reconhece como efeitos para o conceito de casa as hospedarias, estalagens ou quaisquer instalações abertas ao público. As casas de prostituições, bares e boates, também não estão incluídas no conceito de casa.

O crime da violação do domicílio está descrito no Código Penal, no Título I, destinado aos crimes contra a pessoa, Capítulo VI, refere-se aos crimes contra a liberdade individual. Logo, a lei penal assegura a liberdade pessoal que todos têm de atuar livremente em sua casa, sem a perturbação de terceiros, assegurando a sua tranquilidade e paz pessoal.

A norma constitucional não protege somente a residência, mas sim a habitação do indivíduo, independentemente para quaisquer que sejam o caráter definitivo ou transitório, mas todo lugar em que aquele é ocupado por alguém, até mesmo para trabalho, sendo assim para fugir da intromissão de outrem.

O escritório e os arquivos do advogado também devem ser protegidos pela garantia da inviolabilidade, uma vez que o segredo profissional deve ser respeitado, sendo dever imposto ao advogado, de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Arts. 7, II e 34, VII da Lei 8906/94). Essa garantia permite o livre exercício da advocacia, bem como resguarda os direitos de ampla defesa dos clientes.

Diante disso, as formas procedimentais de entrada em casa alheia, existentes no Código de Processo Penal, devem observar os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição, devendo o termo casa ser entendido de acordo com a interpretação constitucional. Tanto é que o Código

Penal, no art. 150, § 2º, prevê que comete o crime de violação de domicílio o agente que entrar em casa alheia, sem o consentimento do morador, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades legais estabelecidas em lei, ou, ainda, com abuso de poder.

Então, a compreensão constitucional do termo casa é muito importante para o processo penal, especialmente para a busca e apreensão, uma vez que a partir da definição do que seja casa, permite-se o controle de legalidade das buscas domiciliares.

## **5. A BUSCA E A APREENSÃO DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O Código de Processo Penal vigente no Brasil trata da busca e da apreensão no Capítulo XI, do Título “Da Prova”, do Livro I “Do processo em geral”.

No entanto, a inserção da busca e da apreensão no Título destinado à prova no Código de Processo Penal não é adequada, pois, conforme o próprio art. 240 do CPP, a busca pode ser realizada para prender criminosos, logo, não se destina exclusivamente a obter provas. Segundo ensinamento de Tornaghi, a busca não é meio de prova concreto, nem sempre se destina à colheita de provas.

Pode ter a finalidade de prender criminosos, apreender pessoas vítimas de crime ou coisas que devam ser confiscadas (CPP, art. 240, § 1º, a, b, c, d e g e art. 91, II, a e b, do CP). Igualmente a apreensão não se faz apenas para elas servirem de prova.

Além disso, o protocolo junto da busca e apreensão, uma vez que são coisas distintas e com particularidades próprias. A busca nem sempre se destina a apreensão, podendo acontecer a apreensão sem que haja a busca anteriormente, em casos que a coisa que o agente procura aparece voluntariamente.

Geralmente a apreensão resulta na busca, porém um não depende necessariamente do outro. Portanto, mesmo considerando a estreita ligação

entre a busca e a apreensão, são institutos diversos e autônomos no processo penal.

Pitombo (1999) relata, ainda, que enquanto a busca tem limites constitucionais, como a inviolabilidade de domicílio, a apreensão não tem respaldo em direito ou garantia individual.

O direito de propriedade, assegurado na Constituição, seria um limite apenas em casos excepcionais, quando da apreensão de bens, produto ou proveito de crime em poder de terceiro que os adquiriu de boa-fé. No entanto, quanto à apreensão, há limitação ao poder individual de reter coisa ou deter pessoas a fim de se evitar arbitrariedades.

## **6. DA BUSCA**

O termo busca, do verbo buscar, sinônimo de descobrir, de encontrar, significa procura de alguma coisa ou alguém. Significa achar através do varejo, da revista.

Não se confunde com a inspeção ocular ou vistoria judicial, consistente na certificação do fato pesquisado, ou visualização, pelo juiz, de dado ou objeto relacionado com a espécie litigiosa, a fim de, aplicando os próprios sentidos, melhor receber uma impressão pessoal de um ser ou de um fenômeno, nem com a perícia, que é o exame feito por pessoas especializadas com o objetivo de instruir o juiz, nem com o reconhecimento de pessoa ou coisa.

Inicialmente, a busca era conceituada como a procura realizada por ordem de autoridade competente para os fins previstos na lei. Depois, como “*a procura ou perquisição de coisa ou pessoa determinada ou determinável*”.

O conceito de busca, em sua essência, é quase o mesmo entre os autores, distinguindo-se, basicamente, quanto à sua finalidade. Porém, feita uma análise do instituto da *perquisizione* do direito italiano, onde Pitombo (ano) conclui que:

[...] a busca, portanto, é ato do procedimento perspectivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis,

documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração [...]

A natureza jurídica da busca é controvertida em consequência do tratamento unificado da busca e da apreensão e da sua classificação ora como meio de prova, como instrumento de sua obtenção, também como coação processual penal lícita.

Uma grande parte da doutrina trata a busca e apreensão conjuntamente como meio de obtenção de prova, de natureza cautelar e coercitiva.

O entendimento da busca e apreensão é a descoberta e comprovação de crimes, resguardando a prova final da investigação penal, bem como prender a pessoa acusada ou foragida.

A finalidade da busca está expressa no art. 240 do Código de Processo Penal, onde diz:

“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.  
§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:  
a) prender criminosos;  
b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;  
c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;  
d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;  
e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;  
f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;  
g) apreender pessoas vítimas de crimes;  
h) colher qualquer elemento de convicção.  
§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.”

A finalidade da busca, a achar aquilo que se procura, seja alguma pessoa ou alguma outra coisa de interesse do agente para a descoberta de tal crime. Busca pode servir não necessariamente para a descoberta de um crime, mas sim para tal notificação, intimação, prisão etc.

Quanto ao objeto da busca, é o seu resultado, aquilo que foi obtido na busca. Da análise do art. 240 do CPP, nota-se que nem sempre a busca visa à apreensão de provas materiais, mas também à prisão de criminosos.

Vale ressaltar que a busca realizada para a colheita de provas não se faz no interesse único da acusação, mas também no interesse do indiciado ou acusado.

A busca também serve para procura de pessoas vítimas de crimes de violência para o exame de corpo de delito ou outra perícia cabível para as devidas situações.

#### 6.1. MODALIDADES DE BUSCA

Segundo o que diz o art. 240 do Código de Processo Penal, a busca será sempre domiciliar ou pessoal. Portanto, isto não se torna requisitos para definir a busca, uma vez que ela serve para procurar coisas e pessoas, podendo realizar este cumprimento em qualquer lugar. Existe também as buscas que acontecem em lugares públicos, que não se enquadram na modalidade da busca domiciliar.

#### 6.2. DA BUSCA DOMICILIAR

A busca domiciliar se caracteriza em uma ação invasiva, por este modo é considerada uma medida excepcional, sendo realizada somente em determinadas condições. Essa medida tem como seu principal objetivo é a coleta de provas, apreensão de objetos, ou a prisão de suspeitos ou condenados de algum crime que se encontrem dentro de propriedades privadas ou públicas.

Para esta medida excepcional, é necessário que haja um mandado judicial expedido pelo juiz competente, o mandato é a ordem no qual se autoriza a entrada dos agentes para o cumprimento de tal ordem.

A doutrina define a busca domiciliar como *“a procura de alguém ou alguma coisa, que se faz no domicílio alheio, em casa de alguém”*; também como *“a procura material que se realiza no domicílio alheio”*, com o fim de apreender coisas que interessam à Justiça Criminal e que se suspeita sejam ali guardadas, ou de se apreender pessoa vítima de crime, ou prender criminosos.

A busca domiciliar é a procura material dentro de uma casa, podendo ultrapassar seus limites físicos. Abrange também os edifícios, terrenos, móveis e lugares conexos à casa.

Além disso, durante a busca domiciliar pode ser efetuado a busca pessoal nos moradores da casa.

Existe algumas situações em a busca domiciliar podem ser realizadas sem a necessidade do mandado judicial, uma hipótese é quando o suspeito está em flagrante delito e os agentes precisam adentrar em residência para que não perca a prova ou até mesmo para evitar a fuga do suspeito.

Outra hipótese para que a busca seja realizada sem a necessidade de um mandado judicial, é quando acontece a autorização mútua do morador para a autoridade competente.

Conforme que diz o art. 5º, XI, da CF a busca domiciliar deve ser realizada durante o dia e mediante determinação judicial.

Deste modo, quando a autoridade judiciária não efetuar pessoalmente a busca domiciliar, esta deve ser precedida, necessariamente, de mandado judicial expedido por ordem do juiz competente. Ela deve ser a realizada de forma respeitosa, sem abuso da autoridade competente e não ultrapassando os limites das garantias fundamentais, garantido também a segurança e a integridade de todos que ali estão envolvidos.

A decisão do juiz determinando a busca domiciliar deve ser motivada, demonstrando a necessidade da medida, qual o interesse social, no caso concreto, é prevalente sobre individual, sendo, obviamente, e para qual fim será almejado. A decisão do juiz, então, deve conter em critérios razoáveis para sopesar os interesses nos quesitos em jogo.

No Código de Processo Penal, em seu art. 243, relata os requisitos do mandado de busca, que deve conter a indicação, com a maior precisão possível, da casa em será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, deverá também fazer menção aos motivos e para quais os fins da diligência, bem como ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade judicial que a expedir.

Vale ressaltar, ainda que a busca domiciliar está submetida a controle e fiscalização. Caso ela seja constatada que a busca foi realizada de forma ilegal, sem o cumprimento dos requisitos legais ou com abuso de poder, as provas obtidas durante a busca podem ser consideradas inválidas e até mesmo excluídas dos processos judiciais.

### 6.3. DA BUSCA PESSOAL

A busca pessoal é limitada pelos direitos e garantias fundamentais do indivíduo que lhe asseguram a integridade física e moral e a intimidade (Art. 5º, incs. III, XLIX e X, respectivamente).

O Código de Processo Penal estabelece, no “art. 240, § 2º, que essa modalidade de busca proceder-se quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

A busca pessoal caracteriza-se na revista no corpo do indivíduo pelo policial, procurando armas, drogas ou o que quer que seja que comprove que o indivíduo em revista é um criminoso. Ter o corpo apalpado é sempre um constrangimento e, como independe de mandado, fica ao critério do policial se

### 6.4. BUSCA EM VEÍCULOS

A busca em veículos pode ser domiciliar ou pessoal, deve-se observar para quais fins o veículo está sendo destinado.

Assim, se o veículo for usado para fins de moradia, se o indivíduo o utiliza como casa, a procura deve ser realizada com todas as cautelas e regras inerentes às buscas domiciliares.

Porém, se o indivíduo usar o carro exclusivamente como meio de transporte, aplica-se as normas da busca pessoal.

### 6.5. DO HORÁRIO DA BUSCA

A CF estabelece que para a entrada em casa alheia, sem o consentimento do morador, durante a noite, somente ocorre nas hipóteses de flagrante delito, desastre, prestação de socorro, de modo que a realização da busca processual penal durante esse horário é inadmissível, mas permitida tão só durante o dia, por determinação judicial.

No entanto, o Código de Processo Penal, em seu Art. 245, determina que as buscas domiciliares serão feitas durante o dia, salvo se o morador permitir que se realizem durante a noite.

Dessa forma, nem a Constituição nem o Código de Processo Penal definem o que seja dia nem o que seja noite, sendo a doutrina discordante na conceituação dos termos.

Assim, alguns definem o dia segundo critérios físico-astronômicos, como o intervalo compreendido entre o nascer e o pôr do sol, ou como o período entre as seis horas da manhã e as seis horas da tarde. Há, ainda, quem entenda que noite é o período em que a população está em repouso noturno, segundo os costumes locais.

Conforme afirma Espínola Filho (1960) que diante do silêncio do Código de Processo Penal aplicava-se, por analogia, o art. 172 do Código de Processo Civil, que dispunha que os atos processuais podiam ser realizados entre as seis e dezoito horas, no entanto, com a nova redação desse artigo dada pela Lei 8.952/94, passou-se a permitir a prática de atos processuais entre as seis e as vinte horas, de tal forma, que em muitos Estados do Brasil, às dezenove horas já é noite. Assim, esse autor entende que deve ser entendido como dia o período que decorre das seis horas da manhã até às seis horas da tarde.

Portanto, se os agentes chegarem à casa fora do horário permitido para a busca domiciliar, não poderão efetuar-la, mas podem preservar o local, esperando do lado de fora da casa até que o dia amanheça, para, então, entrar e cumprir a diligência.

## **7. DA APREENSÃO**

Como já foi dito, a apreensão, apesar de receber tratamento legislativo unificado com a busca, é instituto de processo penal autônomo.

A apreensão pode ser decorrente da busca, da exibição voluntária ou de encontro casual. No presente trabalho será objeto de estudo a apreensão decorrente da busca profícua.

A apreensão significa apossamento, remoção e guarda de coisas, objetos, papéis ou documentos de semoventes e de pessoas, tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo, é o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa da esfera de quem a detém.

A natureza jurídica da apreensão é controvertida. Segundo o doutrinador Tornaghi a define como providência acautelatória, que pode ter fins penais (art. 240, § 1º, b, c e d, do CPP), processuais (art. 24, § 1º, e, f e h, do CPP, porque visa à prova do crime) e fins administrativos (art. 240, § 1º, g, do CPP), considerando a prisão de criminosos uma forma de apreensão com fins penais e processuais. Nota-se que este autor entende que a apreensão é a finalidade da busca”.

O doutrinador Marques trata a busca e a apreensão como providências cautelares sobre a prova, assegurando a produção de provas relacionadas aos vestígios do crime, como *“procedimento cautelar destinado a formar o corpo de delito e sobretudo o corpus instrumentorum, do fato delituoso, mediante atos de coação da Polícia Judiciária.”*

*“Enquanto a outra parte da doutrina considera a apreensão como instituto de natureza acautelatória, há aqueles que a entendem como meio de prova, meio de obtenção de prova e até como coação processual penal lícita”.*

Pitombo (1999) traz uma divergência, na qual afirma que a natureza jurídica da apreensão, no processo penal, é variada e que “sua classificação se vincular à função, que se lhe der.

Pode assim, ser cautelar, meio de prova, e ainda, meio de obter prova. Isso porque a apreensão pode servir, às vezes para à guarda ou conservação de elementos referentes ao delito, em outras pode servir como meio de prova, principalmente indiciária, mas também pode apresentar-se como medida cautelar, quando surja necessidade urgente de se apreender pessoa ou coisa.

O Código de Processo Penal estabelece que a finalidade da busca é a apreensão das coisas e pessoas descritas no art. 240. Diante disso, define-se que a finalidade da apreensão está no apossamento de tudo aquilo que esteja relacionado com o fato perquirido, com a *persecutio criminis*. Fazendo com que assim, não é permitida a apreensão de coisas que não tenham relação com o fato investigado.

O art. 240, § 1º, h, do CPP alude à colheita de qualquer elemento de convicção e não à apreensão, visto que há certas coisas que, por sua natureza, não podem ser objeto de apossamento, tais como o sangue, a saliva ou impressões digitais que devem ser colhidos por técnicos especializados.

Ressalte-se que existem coisas que para serem apreendidas necessitam de cuidados e normas especiais, tal como ocorre com a apreensão de tóxicos e de armas de fogo, por exemplo.

Então logo, apreensão de documentos e papéis também é, delicada uma vez que envolve o sigilo e o segredo. Logo mais, para a sua apreensão é indispensável a observância das normas que garantem a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados (art. 5º, X e XII, da CF).

Assim, a apreensão de cartas, admitida pelo art. 240, § 1º, letra f do CPP, conflita com a norma constitucional que assegura a inviolabilidade do sigilo de correspondência, de tal forma que não foi recepcionada pela Constituição Federal.

Controvertida é a hipótese do encontro casual de coisa, decorrente do cumprimento do mandado de busca e apreensão, mas não relacionada com o fato investigado e nem com os motivos e fins da diligência.

Desta forma, a apreensão decorrente da busca profícua está vinculada aos limites constitucionais e processuais desta, de modo que a apreensão resultante da busca ilegal não é válida, não podendo ser utilizada na instrução processual, da mesma forma que a apreensão ilegal proveniente de busca legal.

Conforme ensinamento de Pitombo (1999) seria *“inadmissível pretender-se utilizar, em processo penal, qualquer elemento probatório, originário em ato viciado”*

## 7.1. BUSCA E APREENSÃO E AS PROVAS ILÍCITAS

A busca e apreensão desenvolvem um importante papel na instrução criminal, estando intimamente ligada à prova dos delitos, tanto é que, para a maioria dos autores trata-se de providência cautelar que visa assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova.

No entanto, a busca da verdade no processo penal não pode implicar na violação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de tal forma que a

obtenção e produção da prova deve ser lícita para que seja considerada idônea e válida.

A Constituição da República assegura em seu art. 5º, LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Logo, o dever do Estado de buscar a verdade e punir os autores das infrações penais não pode estar baseado em provas obtidas ilicitamente, pois em um Estado Democrático de Direito, a busca da verdade deve ser processualmente válida e legalmente admissível.

Seguindo o raciocínio de Nuvolone, faz uma diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, as quais estão na categoria das provas vedadas no processo, ou seja, “*são aquelas provas que infringem uma norma legal ou algum princípio do direito*”. Assim, a prova será ilegítima quando a sua obtenção violar normas processuais.

A sanção para essa hipótese se encontra na própria lei processual, que pode determinar a nulidade do ato e a ineficácia da decisão que considerou a prova ilegitimamente produzida.

Será ilícita a prova obtida com violação à norma de direito material, é “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à Intimidade”. Para esses casos, a sanção é determinada pelo direito material e não pelo direito processual.

Assim, são consideradas provas ilícitas aquelas obtidas através da tortura, com violação do domicílio, das comunicações, da correspondência e desrespeito a intimidade do indivíduo.

A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima também se dá quanto ao momento em que ocorre a violação. Na prova ilegítima, a ilegalidade ocorre no momento da sua produção, da sua introdução no processo, ou seja, após a sua colheita.

Já na prova ilícita, a ilegalidade ocorre quando a prova é obtida, isto é, geralmente é anterior a sua produção no processo e exterior a este.

Assim, quanto às provas ilegítimas não há dúvida de que são inadmissíveis, uma vez que as próprias leis processuais estabelecem sanções para a prova obtida com infringência às suas normas.

Quanto à prova ilícita, muito se debateu sobre a sua admissibilidade no processo. Inicialmente, tendo em vista o grande valor que se dava à busca da verdade real e ao princípio do livre convencimento do juiz, a prova ilicitamente obtida era considerada válida e eficaz, devendo ser aplicada ao responsável pelas sanções penais, civis e administrativas cabíveis.

A CF de 1988, as provas ilícitas passaram a ser inadmissíveis, porém não foi explicitada qual a consequência de uma eventual introdução e valoração desse tipo de prova no processo.

Portanto, por mais relevantes que sejam os argumentos, como o da necessidade de se conter a criminalidade, de defender a sociedade, os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados acima de tudo, mesmo que em detrimento de uma verdade real.

Dada a relevância que a nossa Constituição deu para os direitos e garantias individuais, considerando-as cláusulas pétreas, seria incoerente a admissão de uma prova obtida por meios ilícitos, através da violação dessas normas constitucionais, atacando direitos essenciais do cidadão.

Logo, não se poderia trazer à frente desses direitos, um eventual direito para sancionar um delito ou de apurá-lo, admitindo uma prova obtida de forma contrária à lei, sob o pretexto da gravidade do delito ou da importância da prova, ou, ainda, em nome da liberdade do juiz de formar o seu convencimento. A jurisprudência também compreende nesse sentido:

Prova - Obtenção por meio ilícito - Busca domiciliar efetuada durante o repouso noturno sem devida autorização legal, baseada exclusivamente em caso de denúncia anônima e na fundada suspeita de ocorrência de flagrante delito não caracterizada Falta de qualquer outro elemento comprobatório de materialidade do delito - Absolvição com fundamento no art. 386, II, do CPP decretada - Aplicação do art. 5º, XI e LVI, da CF. (Ap. 107.908.3/5, j. 25.03.1992, Rel. Celso Limongi, RT 6701273; e também com igual ementa, Ap. 83.634-3, j. 03.12.1990, Rel Dante Busana, RT 688/293).

*“RESP. CRIMINAL. NULIDADE. PROVA OBTIDA DE MODO ILÍCITO. A declaração de nulidade do processo, em decorrência de prova obtida por meios ilícitos, ou seja, sem as cautelas recomendadas no item XI, art. 5º, da Constituição Federal, afetando todo o procedimento, como anteriormente proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, aproveita e interessa a todos os recorrentes na ação penal. (STJ, RESP 184877/RJ, j. 27/03/2001, Rel. Min. Fernando Gonçalves).”*

Logo, as provas obtidas através de buscas e apreensões ilegais, com infringência a normas constitucionais, com desrespeito à inviolabilidade de domicílio, à integridade física e moral do indivíduo, são inadmissíveis, não podendo a sentença estar fundada em prova obtida por meio ilícito.

## 8. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O tópico das provas ilícitas envolve também a questão da teoria da proporcionalidade e o das provas ilícitas por derivação.

A teoria da proporcionalidade, desenvolvida na Alemanha, busca equilibrar o interesse do Estado em punir o criminoso e o de proteger os direitos fundamentais do cidadão. O princípio da proporcionalidade é invocado para aqueles casos em que a exclusão da prova ilícita geraria situações absurdas e desproporcionais.

Logo, valores fundamentais, esta teoria busca um equilíbrio através do cotejo entre o malefício causado pela violação de normas na colheita da prova e o provocado à coletividade pelo criminoso, estabelecendo um juízo de admissibilidade ou não.

Deve-se buscar o interesse predominante, o qual deverá ser preservado. Porém, por ser uma teoria em que se recorre ao subjetivismo para o julgamento da admissibilidade ou não da prova ilícita, sua aplicação é defendida excepcionalmente e em casos extremamente graves.

Nesse modo, Aranha (1994) assevera que

“em nome de um exagerado amor ao dogmatismo, grandes crimes e poderosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas”.

O argumento de que se possa recorrer ao princípio da proporcionalidade, a fim de se dar prevalência ao interesse público na eficácia da repressão a determinados crimes em detrimento da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, pode tornar-se frágil, tendo em vista que foi a própria Constituição que ponderou os valores contrapostos e optou pelos valores fundamentais, em prejuízo da eficácia da persecução criminal.

Apesar da discussão quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão das provas ilícitas, Avolio(2003) afirma que é praticamente unânime a sua aceitação quando usada em favor do direito de defesa, o qual é assegurado pela nossa Constituição.

Logo, a prova ilícita é admitida quando favorável ao réu ainda que seja colhida pelo próprio acusado, pois a ilicitude é afastada pelas causas legais de sua exclusão, como a legítima defesa. Ademais, o direito à intimidade e suas

garantias constitucionais não são absolutos e devem ceder quando em confronto com o direito à ampla defesa e ao princípio da presunção da inocência.

## 9. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Compreende-se como provas ilícitas por derivação, aquelas provas nas quais foram adquiridas em conformidade com a legislação Brasileira e de forma lícita, logo a sua origem derivou de uma informação obtida de prova ilicitamente colhida, com tudo, a prova lícita acaba se tornando imprópria e inadequada para dar seguimento ao processo.

Logo no art. 157 do CPP, diz que *“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”*.

Contudo, a doutrina proveniente da Suprema Corte norte-americana da teoria dos “frutos da árvore envenenada” prega que as provas ilícitas por derivação também devem ser excluídas do processo, pois a ilicitude na obtenção da prova, cuja informação foi extraída serviu para a obtenção legal de outra prova da mesma infração, comunica-se a esta.

No Brasil, Espínola Filho (1960) afirmam que

“posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são sim, igualmente banidas do processo” (ESPINOLA FILHO, 1960, p.135).

Porém, a prova ilícita, quando não for absolutamente determinante para a obtenção da prova derivada ou se esta poderia ser descoberta por outra maneira, derivando de fonte própria, a ilicitude não se transmite e as provas derivadas são admitidas em juízo.

Segundo o doutrinador Espínola Filho (1960), a respeito da prova ilícita por derivação:

[...] É impossível negar a priori a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao

convencimento do juiz, nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

## 9.1 DAS PROVAS ILÍCITAS

Caracteriza-se prova ilícita no conjunto jurídico, no qual se se refere a uma evidência ou elemento de prova obtido de forma ilegal, violando direitos fundamentais, no qual violam as normas legais ou algum dos princípios processuais.

Essas provas são consideradas ilegítimas devido à forma como foram obtidas e podem ser excluídas definitivamente do processo judicial. A prova ilícita é conhecida como uma maneira de violação as normas legais, de maneira que cause algum prejuízo ao processo, atrasando assim, a resolução do mérito.

Contudo, as provas que são de meios ilícito e provas em cujo decorrer do procedimento houve uma ilicitude. Em alguns casos, a prova existe porque o ilícito foi praticado e, em alguns outros casos pode ser a existência da prova não é consequência da ilicitude.

A prova obtida por meio de gravação clandestina ou alguma real coação, por exemplo, resulta de um ilícito; mas a prova documental em cujo procedimento foi violada regra processual ou o princípio do contraditório, não constitui o resultado dessa violação. Nesse sentido, seria possível concluir que a prova que resulta da ilicitude é mais grave do que a prova em cujo procedimento o ilícito foi praticado, pois no primeiro caso a prova é irremediavelmente ilícita.

## 9.2 CONSEQUÊNCIAS DA VALORAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Partindo do entendimento da doutrina que diferencia as provas ilícitas das ilegítimas, devemos também diferenciar suas consequências. Sendo assim, a principal consequência da prova ilegítima é a anulação do ato no qual ela foi produzida, devendo este ato ser feito em conformidade com as regras de direito processual.

Em relação às provas ilícitas, segundo o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, são elas inadmissíveis no processo penal, portanto; caso sejam admitidas nos autos, devem ser obrigatoriamente desentranhadas.

Assim é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme um dos julgados mais conhecidos do ordenamento:

[...] “Ação Penal”. Denúncia recebida. Prova ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. 2. Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. 3. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. 4. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. 5. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento. [...] (STF, Inq-ED 731/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 22.05.1996)”.

Contudo, na hipótese de a prova ilícita ingressar no processo, como nem a Constituição nem o Código de Processo Penal prevê as sanções cabíveis, decorre dos princípios gerais do ordenamento jurídico.

A CF ao considerá-las inadmissíveis, não as tem nem sequer como prova. Logo, é um ato inexistente juridicamente e, portanto, totalmente ineficaz. As provas ilícitas não produzem efeitos em qualquer momento processual.

## CONCLUSÃO

Em uma longa pesquisa a respeito do Código Processo Penal, juntamente com a constituição brasileira, consuma-se que o regulamento da busca e apreensão, possui limites legais, reais e validos, afinal é para ter a eficácia plena e concreta, é necessário que seja realiza dentro dos limites previstos na legislação específica.

Afinal, o direito à intimidade resguardada pelos direitos e garantias fundamentais, ele foi especificado e confirmado através da nossa atual constituição, pois as constituições anteriores não haviam descrito explicitamente.

Embora, esses direitos não serem absolutos, pois não podem serem praticados de maneira com que venha causar algum dano para os direitos fundamentais, nos quais são resguardados pela constituição federal.

A busca e apreensão, em conformidade com o Código de Processo Penal. Apesar de haver esta ligação, eles continuam sendo um instituto autônomo, no qual um não dependera do outro para ser executado.

Apesar de estes institutos terem uma vasta ligação com a prova criminal, não contêm indícios suficientes para criminalizar um suspeito.

Dessa forma, ao apontar sobre a importância da busca e da apreensão para a prova no processo penal, a sua relação com os direitos e garantias fundamentais e a proibição expressa no art. 5º, LVI da CF nas quais as provas ilegítimas, obtidas por modo com violação às normas processuais; bem como as provas ilícitas, obtidas com violação às normas da Lei Fundamental, não podem ser utilizadas no processo.

Caso as provas obtidas através de meios ilícitos sejam admitidas e valoradas pelo juiz, serão consideradas como atos inexistentes, de modo que não produzirão efeitos em nenhum momento processual.

Sendo assim, tem-se como definição que a busca e a apreensão estão relacionadas aos direitos e garantias fundamentais que resguardam a liberdade e intimidade do indivíduo, de maneira que o dever do Estado em reprimir e punir os crimes nos quais devem observar os seus requisitos de validade.

Entende-se que o processo penal é instrumento de garantia das liberdades do cidadão, de efetivação dos direitos postos na Constituição e de

limitação da intervenção estatal. Contudo, pode-se concluir que a busca e apreensão deve ser compreendida dentro da finalidade do processo penal como instrumento de persecução do réu, mas também como garantia do acusado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 277.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. Da prova no processo penal. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 54.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROS, Antonio Milton de. Da prova no processo penal: apontamentos gerais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1981. v. 1.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal anotado. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 3.

FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. Jusbrasil, 2011a. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais/1972597>> Acesso em 08 nov. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por Provas Ilícitas por Derivação? - Selma de Moura Galdino Vianna. Jusbrasil, Direito Constitucional. 2011b. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/o-que-se-entende-por-provas-ilicitas-por-derivacao-selma-de-moura-galdino-vianna/1994492#:~:text=Entendem%2Dse%20como%20provas%20il%C3%AD citas,para%20ser%20utilizada%20no%20processo>> Acesso em 08 nov. 2023.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e da intimidade. In: LOTUFO, Renan (Coord.). Direito civil constitucional. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 220. Cadernos 1. Malheiros, 2002.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas:

p. 169, apud PITOMBO, op. cit., p. 193.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PINTO, Ronaldo Batista. Prova penal segundo a jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2000.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Germano Marques. Curso de processo penal. Lisboa: Verbo, 1993. v. 2.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Tauria. Busca e apreensão. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, p. 288, apud PITOMBO, op. cit., p. 193.