

Busca exploratória: quando é preciso adequar os institutos



Márcio Anselmo

Delegado da Polícia Federal

O instituto da busca e apreensão encontra-se normatizado no capítulo XI,

artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal. Segundo Tonini^[1], “é um meio de investigação da prova que tem a finalidade de assegurar determinado objeto para o processo ou de permitir a prisão de uma pessoa”. Antonio Scarance Fernandes^[2] estabelece a busca e apreensão como subgrupo dos meios de pesquisa ou de obtenção de prova, cuja classificação abrange também os exames, as vistorias e as revistas; as buscas, as apreensões e os sequestros; as interceptações, escutas e quebras de sigilo; e as ações especiais para investigação da criminalidade organizada, como as ações encobertas, infiltração e vigilância.

A busca, que pode ser pessoal ou domiciliar, nos interessa aqui na segunda modalidade, tratada no artigo 240, parágrafo 1º, que assim estabelece:

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.

O Código de Processo Penal dispõe ainda, no artigo 245, que, em regra, a busca domiciliar será feita durante o dia:

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

O artigo 5º, XI da CF, ao tratar da inviolabilidade do domicílio, novamente destaca como exceção o cumprimento de ordem judicial, durante o dia.

XI — a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

O artigo 246, por sua vez, equipara o local de exercício profissional à residência para fins de busca e apreensão:

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

Assim, o local de exercício de profissão ou atividade (de natureza pública ou privada), tendo como suposto o fato de não ser aberto ao público, também se encontra albergado pelo dispositivo legal, tal como o escritório profissional, o gabinete de uma autoridade ou a sala de determinado servidor público.

O tema do presente artigo envolve a análise o instituto da busca exploratória, implementada no curso da denominada operação hurricane, no Inquérito 2.424 (STF), em investigação que visava desarticular organização criminosa envolvendo magistrados (entre eles um ministro do Superior Tribunal de Justiça), um procurador regional da República e um advogado, na suposta prática dos crimes de quadrilha, corrupção passiva e prevaricação. Em tal medida, foi autorizado o ingresso em escritório de advocacia, no período noturno, visando o registro de informações úteis, além da instalação de equipamento de captação ambiental.

Ainda com relação ao escritório de advocacia, cabe também citar o regramento específico disposto no artigo 7º, parágrafos 6 e 7 da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

A partir de fundamentação no antigo 2º, IV, da Lei 9.034/95, cujo texto dispunha que “em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”, foi autorizado o ingresso sigiloso da autoridade policial, durante a noite, a fim que procedesse



ao registro e análise de sinais obtidos no escritório do investigado, mediante duas modalidades de diligências: primeiro, a busca exploratória, em que se diligenciou a fim de identificar elementos de prova no local, efetuando-se os devidos registros; segundo, para instalação de equipamentos de captação de sinais acústicos.

O tema foi submetido a julgamento pelo STF, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“[...] 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. [...]” (STF, Inq. 2424/RJ, Tribunal Pleno, rel. min. Cezar Peluso, DJ 26/3/2010).

Cabe aqui, pela pertinência, a transcrição do trecho do Informativo 529 do STF^[3], onde se encontram resumidos os fundamentos da decisão:

Escuta Ambiental e Exploração de Local: Escritório de Advogado e Período Noturno – 4

Prosseguindo, rejeitou-se a preliminar de ilicitude da prova de escuta ambiental, por ausência de procedimento previsto em lei. Sustentava a defesa que a Lei 9.034/95 não teria traçado normas procedimentais para a execução da escuta ambiental, razão pela qual a medida não poderia ser adotada no curso das investigações. Entendeu-se não proceder a alegação, tendo vista que a Lei 10.217/2001 deu nova redação aos artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, definindo e regulando meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Salientou-se o disposto nesse art. 2º, na redação dada pela Lei 10.217/2001 (“Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;”), e concluiu-se pela licitude da escuta realizada, já que para obtenção de dados por meio dessas formas excepcionais seria apenas necessária circunstanciada autorização judicial, o que se dera no caso. Asseverou-se, ademais, que a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial.

Escuta Ambiental e Exploração de Local: Escritório de Advogado e Período Noturno – 5

Afastou-se, de igual modo, a preliminar de ilicitude das provas obtidas mediante instalação de equipamento de captação acústica e acesso a documentos no ambiente de trabalho do último acusado, porque, para tanto, a autoridade, adentrara o local três vezes durante o recesso e de



madrugada. Esclareceu-se que o relator, de fato, teria autorizado, com base no art. 2º, IV, da Lei 9.034/95, o ingresso sigiloso da autoridade policial no escritório do acusado, para instalação dos referidos equipamentos de captação de sinais acústicos, e, posteriormente, determinara a realização de exploração do local, para registro e análise de sinais ópticos. Observou-se, de início, que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial. Afirmou-se que a Constituição, no seu art. 5º, X e XI, garante a inviolabilidade da intimidade e do domicílio dos cidadãos, sendo equiparados a domicílio, para fins dessa inviolabilidade, os escritórios de advocacia, locais não abertos ao público, e onde se exerce profissão (CP, art. 150, § 4º, III), e que o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 expressamente assegura ao advogado a inviolabilidade do seu escritório, ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência, e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB. Considerou-se, entretanto, que tal inviolabilidade cederia lugar à tutela constitucional de raiz, instância e alcance superiores quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Aduziu-se que o sigilo do advogado não existe para protegê-lo quando cometa crime, mas proteger seu cliente, que tem direito à ampla defesa, não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório no único reduto inexpugnável de criminalidade. Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a ratio constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio stricto sensu, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau, que acolhiam a preliminar, ao fundamento de que a invasão do escritório profissional, que é equiparado à casa, no período noturno estaria em confronto com o previsto no art. 5º, XI, da CF.

Na análise da diligência, foram relativizados os dispositivos que tratam da busca domiciliar durante o dia, assim como da inviolabilidade do escritório de advocacia. Foram objeto de discussão outras questões, como o ingresso em escritório, equiparado ao domicílio para fins legais em período noturno, bem como a disciplina de captação ambiental ou interceptação ambiental, que fogem ao objeto do presente trabalho.

Por óbvio, no caso em tela, também deixou de ser aplicado o disposto no artigo 7º, parágrafo 6 da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que trata da presença de representante da OAB para cumprimento de busca em escritório de advocacia, que resultaria em violação do sigilo necessário à



diligência, conforme se depreende do texto da própria ementa do julgado: “Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão”.

Foi autorizado pelo ministro relator do inquérito o ingresso para o registro de elementos de prova ali identificados, sem a apreensão de qualquer objeto, postergando-se a medida. Como bem fundamentado pelo relator, restava evidente que a diligência não poderia ser feita pelo procedimento normal de busca, durante o dia, com a apresentação de mandado de busca, mas sim ser feita sem qualquer publicidade, sob pena de frustração da medida.

Assim, a inviolabilidade do escritório de advocacia, prevista no Código Penal (artigo 150, parágrafo 4, III), bem como no Estatuto da OAB (artigo 7º, II, da Lei 8.906/94), deve ceder lugar, em casos concretos, quando o local é usado para a prática de crimes. Como bem apontado, “a inviolabilidade não pode transformar o escritório em protegido e privilegiado reduto de criminalidade”.

Trata-se, portanto, de uma inovação no instituto da busca domiciliar, em que o agente ingressa no local, mas, sem qualquer arrecadação ou apreensão de elementos considerados pertinentes, apenas efetua o registro dos mesmos. Por imperativo óbvio, tal ingresso e exploração do local deve ser marcado pela ausência de publicidade e absoluto sigilo, sem a aplicação do artigo 245 do Código de Processo Penal, que estabelece o procedimento da busca, determinando a ciência ao morador do teor do mandado judicial.

Com o desenvolvimento de modernos mecanismos de registros digital, seja por meio de fotografias, filmagens e mesmo *scanners* portáteis, é possível assim, mediante o procedimento, ingressar de maneira sigilosamente em determinado local e efetuar os registros de documentos identificados.

A fim de assegurar-se a lisura do procedimento, acredita-se, como ferramenta relevante, que a diligência seja consubstanciada em auto circunstanciado, pormenorizando os elementos de prova porventura identificados no local, sobretudo fazendo-se acompanhar de vídeos e filmagens do ambiente, a fim de garantir um possível contraditório diferido dos elementos encontrados.

Entendeu-se como válidas as provas obtidas, que culminaram com a respectiva ação penal, sob o fundamento de que o direito à inviolabilidade do domicílio não seria absoluto, e, no caso, o escritório, equiparado ao domicílio, poderia ter sua inviolabilidade autorizada judicialmente para fins da realização da medida.

Trata-se, sem dúvida, de solução inovadora e cuja implementação assegura um melhor conhecimento acerca da estrutura de uma organização criminosa. Em que pese não haja previsão expressa quanto ao seu procedimento, adotou-se por similaridade o procedimento da busca domiciliar, previsto no Código de Processo Penal, excetuando-se a leitura do mandado ao morador.

[1] TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 244.

[2] FERNANDES, Antonio Scarance. *Tipicidade e Sucedâneos de Prova*. FERNANDES, Antonio



Scarance. ALMEIDA, Jose Raul Gavião de. MORAES, Mauricio Zanoide de. *Provas no Processo Penal – Estudo Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

[3] Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>> Acesso em 20/6/2016.

Date Created

28/06/2016