

PARECER — BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO E BUSCA E APREENSÃO INCIDENTE À EXECUÇÃO DE UM MANDADO DE PRISÃO

WARRANTLESS SEARCH AND SEIZURE AND SEARCH INCIDENT TO AN ARREST

DANILO KNIJNIK

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012-2020). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2458040210353272>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9659-0268>].

danilo@knk.adv.br

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: Este parecer analisa a legalidade de uma busca e apreensão sem mandado, incidental a uma suposta situação de flagrância, no curso do cumprimento de mandado de busca e apreensão destinado a local diverso, não obstante o flagrante já se encontrar sob custódia policial, horas antes da diligência. O parecer verifica a conformidade do ingresso em domicílio sem mandado com precedentes do Supremo Tribunal Federal, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e com históricos julgados da *common law*, distinguindo: (i) apreensões sem mandado; (ii) prisões incidentais a buscas e (iii) buscas incidentais a prisões. Considerando que os objetos apreendidos não estavam no imóvel indicado no mandado, e que a busca não poderia ser considerada, sob a perspectiva constitucional, incidental à prisão em flagrante, o parecer conclui pela ilicitude da diligência.

ABSTRACT: This legal opinion analyses the legitimacy of a warrantless search and seizure as an incident to an arrest. Although the search warrant specified the premises where it was meant to be executed, police gained access to a different location, where contraband was eventually seized. Meanwhile, the purported arrestee was already under the custody of police. Even though the police had acted facially outside the scope of the warrant, the trial judge held that the search was incident to an arrest and, hence, the evidence was admissible. This legal opinion puts it into perspective precedents of the Supreme Court of Brazil, the Supreme Court of the United States and historical *common law* leading cases between 1660 and 1800, distinguishing (i) warrantless search, (ii) arrest incident to a search, (iii) search incident to an arrest. Considering that the seized objects were found in a dwelling facially outside the scope of the warrant, that police did not request a valid warrant to the issuant

PALAVRAS-CHAVE: Parecer – Busca e Apreensão sem Mandado – Causa Provável – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 603.616/RO (Repercussão Geral) e MS 23.642-6 (Pleno). Precedentes da Suprema Corte Americana: *Byars v U.S.*, 273 U.S. 28 (1927); *U.S. v. Di RE*, 332 U.S. 595 (1948), *Henry v. U.S.*, 391 U.S. 103 (1959). Precedentes Históricos: *Semayne v. Gresham*, de 1604 (5 Co. Rep., at 91b; 77 Eng. Rep., at 196) e *Entick v. Carrington*, de 1765 (5 Co. Rep. 91a. 194). Art. 5º, inciso XI da CF. *Busca incidente à prisão, Prisão incidente à Busca, Busca sem mandado.* Ilícitude da Prova.

magistrate, and that the search could not have been held incidental to an arrest, this legal opinion concludes that such evidence was illicit and, therefore, inadmissible in court.

KEYWORDS: Legal Opinion – Warrantless search and seizure – Probable cause – Precedents from the Brazilian Supreme Court: RE 603,616/RO (*Repercussão Geral*) and MS 23,642-6 (*Pleno*). Precedents from the United States Supreme Court: *Byars v U.S.*, 273 U.S. 28 (1927); *U.S. v. Di RE*, 332 U.S. 595 (1948), *Henry v. U.S.*, 391 U.S.103 (1959). Historical precedents: *Semayne v. Gresham*, de 1604 (5 Co. Rep., at 91b; 77 Eng. Rep., at 196) e *Entick v. Carrington*, de 1765 (5 Co. Rep. 91a. 194). Article 5, XI of the Brazilian Constitution. Search incident to an arrest. Arrest incident to a search. Warrantless Search. Illicit evidence.

SUMÁRIO: 1. Da consulta e dos quesitos. 2. Discussão e exame. 3. Do exame do caso concreto. 4. Resposta aos quesitos. 5. Referências bibliográficas. Legislação. Jurisprudência. Jurisprudência internacional.

1. DA CONSULTA E DOS QUESITOS

Consultam-me os ilustres Professores e causídicos Diogo Nicolau Pítsica e Maurício Natal Spillere sobre a licitude de busca e apreensão de determinados objetos (impresora Linx 7900, modelo 7900; e 25 peças plásticas, coletivamente “Objetos”), admitidos como prova em ação penal a que responde seu cliente (Senhor X).

Os elementos submetidos à consulta revelam que, em 25.04.2015, 07h15m, o Senhor X foi preso em cumprimento de um mandado de prisão preventiva. Em seguida, equipes policiais dividiram-se com determinados mandados de busca e apreensão para cumprimento cada qual em logradouros diversos e específicos. Incidentalmente, mercê de novas informações, o juízo competente foi instado a modificar o destino de alguns desses mandados, ensejando o ingresso em locais até então não previstos. A equipe incumbida do cumprimento do mandado destinado à Rua [...] nº x [...], contudo, decidiu, mercê de supostos novos indícios, cruzar a Rua [...] até a calçada oposta, ingressando, por conta própria e sem mandado, no prédio existente no nº y do mesmo logradouro, estranho ao mandado de que dispunha, onde os Objetos foram apreendidos.

Em função disso, no curso do feito, as defesas objetaram à introdução dos objetos como prova, haja vista a violação dos termos do mandado judicial disponível. O magistrado, porém, rejeitou a alegação, ao fundamento de que “não há necessidade de consentimento do morador/proprietário e até autorização judicial”, pois “a situação de flagrância se protraí no tempo”, de modo que, cuidando-se do art. 294 do Código Penal, seria “ilógico e contraproducente”, prossegue o *decisum*, “entender que os agentes [...] fossem agir no sentido de representar por um novo mandado de busca e apreensão para acessarem o galpão onde foram localizadas impressoras [...] e demais petrechos”, donde “não há nulidade, ilicitude, ilegalidade na prova”.

Na consulta que nos foi trazida a exame, os consulentes esclarecem que: (i) “não houve autorização de ingresso pelo Senhor X” e que (ii) “a porta estava trancada” quando do ingresso, havendo notícia de arrombamento. Os consulentes também esclarecem que esparsas referências sobre uma suposta permissão de ingresso ao local por parte de terceiros acham-se prejudicadas, pois o Auto de Arrecadação e Apreensão contém apenas as assinaturas das próprias autoridades, não havendo registro documental ou mesmo formal no sentido de efetiva autorização, *in verbis*:

“Não há, portanto, qualquer registro formal e demonstração acerca de que o ingresso tenha sido consentido por quem podia consentir, nem há registro preciso de que um terceiro legitimado a fazê-lo tenha, por hipótese, expedido tal consentimento, visto que nada a respeito foi formalizado nos autos; e o auto de apresentação e arrecadação é subscrito exclusivamente pelas autoridades”.

Assentadas tais premissas, indagam os consulentes:

“Considerando que o Senhor X, a quem foi atribuído o flagrante, estava preso preventivamente desde as 07:15 e em local diverso, haveria justificativa para busca e apreensão incidental à situação de flagrância as 12:00 horas do mesmo dia?

É legítimo a autoridade policial proceder a extensão do cumprimento do mandado em endereço diverso do especificado?

Diante das respostas acima, foi lícita a busca e apreensão de elementos apreendidos no dia [...] no imóvel situado no endereço da Rua [...] n° y?”.

Interpostas apelações, os autos subiram ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, perante o qual ora se encontram, sob a relatoria da eminente Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene.

2. DISCUSSÃO E EXAME

Respeitosamente, parece-nos configurada a ilicitude probatória.

Partindo das informações prestadas pelos consulentes e à vista da sentença, é incontroverso que, em investigação versando sobre os delitos do art. 293 e 294 do CP, foram requeridas e deferidas diligências de busca e apreensão para cumprimento, dentre outros alvos, junto ao imóvel existente na Rua [...] nº x. Os executores da medida, contudo, conscientemente, desviaram-se do mandado de que dispunham, apreendendo os objetos em prédio localizado do outro lado da rua, existente no nº y.

A sentença concluiu, no ponto, que, tratando-se de investigação sobre o art. 294 do CP, o próprio mandado seria dispensável para realizar a busca e apreensão, pois aplicável a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Data venia, tal dispositivo, a nosso juízo, não se aplica à hipótese em análise.

Como se sabe, historicamente, buscas e apreensões domiciliares nascem como ofícios privados. Ab initio, guildas e titulares de privilégios de invenção, imprensa e fabricação tinham assegurado em suas cartas-patentes faculdades de ingresso em casas e locais de trabalho alheios, para verificar contrafações a seus direitos, conforme relatos da doutrina medieval, representada, v.g., por Ranulf de Granville (1188) e Henry de Bracton (1258).

Além das cartas-patentes, o mundo medieval também conhecia o costume do “hue and cry”¹, consistente na perseguição ruidosa de suspeitos, facultando invadir domicílios em série, até encontrar o objeto ou a pessoa perseguida. Integrava ainda esse quadro difuso inicial o chamado e odioso *writ of assistance*, verdadeiros mandados abertos e vagos, pelos quais agentes da coroa inglesa eram empoderados a ingressar em locais indeterminados para também apreender pessoas ou coisas indeterminadas².

Imemoriais precedentes ingleses, no entanto, prenunciavam que a regularidade de uma busca e apreensão, a despeito da modalidade empregada, deveria ser conferida de acordo com os pressupostos em vigor ao tempo de sua realização, e jamais à vista de seus resultados.

Em 1604, *Semayne v. Gresham*³ definiu que o cumprimento de mandado em residência só poderia ocorrer “depois de pedida e negada” a admissão. Assim, “o xerife pode abrir a porta”, mas “apenas depois de ter feito a solicitação”⁴. Em 1765, o *writ of assistance*

1. Para esse panorama medieval e sobre a prática do *hue and cry*: CUDIHY, William J. *The fourth amendment: origins and original meaning*, 602–1791. New York: Oxford University Press, 2009. p.110.
2. CUDIHY, William J. *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning*, 602–1791, New York: Oxford University Press, 2009. p. 388.
3. *Semayne v. Gresham*, 5 Co. Rep. 91a. 194 (1604).
4. A doutrina medieval construiu toda uma discussão a partir disso. Assim, “quando os oficiais já estão dentro da casa, eles podem arrombar qualquer porta interna ou baús, para executar o *writ*”. Nesse sentido: *Foster* 320. *Lee v. Gunsell*, Cowp. 1. S.C. Loft. 374; *Astley v. Pinder*, Cowp. 7; *Ratcliffe v. Burten*, 3 Bos & Pull, 223. Da mesma forma, “se a porta da rua está aberta, o agente pode entrar forçadamente, tanto por uma porta interna ou por uma janela”. Nesse sentido: *Lloyd v. Sandilands*, 8 Taunt. 250. SC 2 B. *Moore* 207. E o oficial não precisa demandar entrada nas portas internas, antes de arrombá-las. Nesse sentido: *Hutchinson v. Birch*, 4 Taunt. 619, 5 Co.

foi reprovado no célebre caso *Entick v. Carrington*⁵, sustentando a doutrina de então, Coke especialmente, que o ingresso sem causa provável e destino certo representaria uma violação ao art. 31 da Magna Charta.

Em 1791, sobreveio a 4ª emenda à Constituição Americana, *divortium acquarum* que não só substituiu os mandados gerais por mandados específicos, como instituiu, para sempre, a permanente sindicância e controle sobre a legalidade do ingresso em casa ou em seus equivalentes funcionais (escritórios, salas fechadas, quartos de hotéis etc.).

No Brasil, evidentemente, não temos fontes paralelas em período mais remoto, mas o art. 190 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 e o art. 10 da Lei 261 de 1841 já estabeleciam claramente que, “para a concessão de um mandado de busca, ou para sua expedição ex officio, nos casos em que este procedimento tem lugar, bastarão veementes indícios, ou fundada probabilidade da existência dos objetos, ou do criminoso no lugar da busca”⁶ e que “não se dará jamais um mandado de busca sem veementes indícios firmados com juramento da parte, ou de uma testemunha”.⁷ O art. 212 do Código Criminal Imperial de 1830, a sua vez, já consignava que só se poderia entrar na casa do indivíduo mediante “ordem escrita de quem determinou a entrada com expressa designação da diligência e do motivo dela”.⁸

Portanto, em resumo apertado, retroage a tempos imemoriais a noção de que a validade de uma diligência deve ser aferida à luz dos pressupostos vigorantes, precisamente, quando de seu início, não depois, sendo insuscetível de convalidação por força de seu desenvolvimento, progresso ou resultado. Ao menos, em pleno século XIX, a prática judiciária demonstra tal premissa cabalmente.

Em *Byars v. U.S.*,⁹ a Suprema Corte dos EUA assentou o seguinte entendimento:

Rep. 92b, at 197. Afirma-se que *Semayne* teria sido o julgado precursor da regra universalmente aceita de que, antes de invadir a casa de alguém, mesmo de posse de um mandado, é obrigatório anunciar-se antes de prorromper no recinto. Nesse sentido: *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927 (1995). Entre nós, o art. 245 do CPP determina que “os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta”; então, “em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada”.

5. *Entick v. Carrington*, SC. 19 How. St. Tri. 1030 (1765).
6. BRASIL. Lei 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
7. BRASIL. Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=4%-C2%BA%20Haver%C3%A1%20em%20cada%20Districto,de%20Justi%C3%A7a%20que%20parecerem%20necessarios]. Acesso em: 22.02.2021.
8. BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
9. *Byars v. U.S.*, 273 U.S. 28 (1927).

“[É] irrelevante que a busca tenha sido frutífera na revelação de provas de crime federal. Uma busca realizada com violação à Constituição não se torna legítima pelo que ela traz à luz; essa doutrina nunca foi reconhecida por este tribunal, nem poderia ser tolerado em nosso sistema constitucional que provas de crime descobertas por um agente ao realizar busca sem mandado legítimo possam ser usadas contra a vítima da busca”.¹⁰

Em *U.S. v. Di Re*,¹¹ afirmou que “uma busca e apreensão não se torna legal pelo que ela resulta; juridicamente, será boa ou ruim quando de seu começo; e sua natureza não se modificará conforme seus resultados”.¹²

Em *Henry v. U.S.*,¹³ decidiu que, “quando os policiais interromperam dois homens, e restringiram sua liberdade de movimento, a prisão, para os fins deste caso, estava completa”,¹⁴ de modo que:

“[É] necessário, então, se no momento ou antes eles possuíam justa causa para acreditar que um crime havia sido cometido. O fato de que, posteriormente, contrabando fora descoberto não é o bastante. Uma prisão não está justificada por subseqüentes descobertas em buscas”.¹⁵

Em *Johnson v. U.S.*,¹⁶ entendeu-se que, “considerando que o policial não tinha justa causa para prender o peticionário até o momento em que ele entrou no quarto de hotel e encontrou-o como seu único ocupante, a busca não pode ser mantida como incidental a uma prisão válida”,¹⁷ não se podendo “ao mesmo tempo justificar uma prisão por meio de uma busca e uma busca por meio de uma prisão”.¹⁸

10. *Ibid.*

11. *U.S. v. Di Re*, 332 U.S. 581 (1948).

12. *Ibid.*

13. *Henry v. U.S.*, 361 U.S. 98 (1959).

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*

16. *Johnson v. U.S.*, 333 U.S. 10 (1948).

17. *Ibid.*

18. *Ibid.* O acórdão explica que “foram, portanto, com base nas observações dentro do quarto, depois de terem obtido admissão na sua condição de policiais, que eles fizeram a prisão. Então, o governo está obrigado a justificar a prisão com base na busca; e ao mesmo tempo justificar a busca com base na prisão. Isso não é possível. *Um policial obtendo acesso a um quarto particular sob sua condição de policiais e segundo a lei que ele personifica, deve ter uma base legal válida para essa intrusão*”. (g.n)

Ainda, na década de 1960, a Suprema Corte dos EUA estendeu essa metodologia a abordagens investigatórias em patrulhamento ostensivo, sobretudo nos seminais *Terry v. Ohio*¹⁹ e *Sibron v. New York*.²⁰

No Brasil, a história não se fez diferente. No MS 23.642-6, rel. Ministro Néri da Silveira, o Pleno da Suprema Corte consignou que a eventual autorização de perícia sobre frutos de uma diligência ilícita não a podem convalidar, demonstrando, portanto, que não os resultados – frutuosos ou não de uma diligência discutida – são inaptos a legitimar a própria busca:

“O fato da autorização judicial para a perícia dos equipamentos, oriunda de autoridade judiciária de primeiro grau, após a apreensão, sem mandado judicial, não legitima os resultados da perícia que se tenha realizado ou em curso. Mandado de Segurança que se defere para determinar a devolução dos bens e documentos apreendidos, declarando-se ineficaz eventual prova decorrente dessa apreensão com infração do art. 5.º, XI, da Lei Maior”.²¹

No RE 603.616/RO-RG, o STF assentou que o ingresso sem mandado em casa para efetuar prisão em flagrante igualmente não poderá ser avaliado à luz de seus resultados. A “proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois”, para que se tenha “a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida”.²² A Corte prossegue:

“Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos”, registrando-se que “a tese é um avanço para a concretização da garantia”.²³

Este precedente é sucedido por vários julgados, v.g. REsp 1.574.681/RS, destacando a necessidade de “elementos objetivos, seguros e racionais” e “justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na

19. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

20. *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968).

21. STF, MS 23642, Relator(a): Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 29.11.2000, DJ 09.03.2001.

22. STF, RE 603.616, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, Repercussão Geral - Mérito DJe-093, Divulg. 09.05.2016, p. 10.05.2016.

23. STF, RE 603.616, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, Repercussão Geral - Mérito DJe-093, Divulg. 09.05.2016, p. 10.05.2016.

identificação de situações suspeitas”.²⁴ Assim, “não se há admitir, portanto, que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida”.²⁵ Isso porque, conforme prossegue o Ministro Schietti Cruz:

“[S]e o próprio juiz (um ‘terceiro neutro e desinteressado’) só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, *não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente*”.²⁶

3. DO EXAME DO CASO CONCRETO

In casu, como visto, tramitava inquérito policial sobre os arts. 293 e 294 do Código Penal. Às 07h15m de [...], Senhor X fora preso preventivamente e posto sob a custódia de autoridades policiais estaduais. Em paralelo, policiais saíram a campo, munidos de vários mandados de busca e apreensão, competindo a determinada equipe ingressar na Rua [...] nº x.

Em dado momento, mas certamente após 10h00m, teriam recebido a informação de que material de interesse probatório poderia ser encontrado em outro endereço, estranho ao mandado, mais exatamente em prédio existente na calçada oposta àquela indicada no mandado, ou seja, no nº y. Decidiram, ao contrário do que outra equipe fizera, ali ingressar sem mandado.

Suscitada a ilicitude, o magistrado mirou para o resultado da diligência, qual seja, a apreensão dos Objetos atinentes ao art. 294 do CP, delito permanente, de modo que, a seu ver, a apreensão teria sido incidental ao flagrante, atraindo a incidência do art. 5º, XI da CF.

Salvo melhor juízo, parece-nos inexata tal conclusão.

De início, a análise do caso não poderia partir do resultado da diligência, obliterando o momento analítico importante, que vem a ser o do ingresso, e nenhum outro. Impõe-se, então, retroceder para o exato instante em que a equipe, à míngua de mandado, abandonou o alvo nele apostado, atravessou a rua e penetrou no prédio existente em outro local, alterando por conta própria o objeto da diligência.

24. STJ, REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017.

25. *Ibid.*

26. STJ, REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017.

De saída, constatamos que tais agentes policiais não compareceram à Rua [...] em perseguição ao suposto flagrado Senhor X. Isso seria impossível. Mais cedo, 07h15m, tal cidadão fora preso em cumprimento a mandado de prisão preventiva, sendo posto sob a custódia de autoridades estaduais. Ele, portanto, não poderia ser flagrado na Rua [...] ou redondezas.

Ao mirar o resultado – a apreensão dos objetos – sem atentar para a natureza do ato, a sentença supôs incidente o art. 5º, inciso XI da CF. Dito preceito, contudo, não regula busca e apreensão, senão que prisão em flagrante. Dele, portanto, não decorre autorização para promover busca e apreensão sem mandado em investigações sobre crimes permanentes. Na verdade, o art. 5º, inciso XI da CF cuida da prisão em flagrante, em crimes permanentes ou não, e, deste modo, pode, quando muito, cobrir uma eventual apreensão incidental à prisão em flagrante, regulada pelo art. 244 do CPP.

Quer dizer, havendo situação de flagrante, a autoridade policial não necessita de mandado para ingressar em local protegido a fim de executar a prisão; e, aí estando, ou seja, aí ingressando legitimamente sem mandado, estará autorizada e inclusive deverá, incidentalmente, promover as apreensões que couberem. Esse é o retrato normativo do art. 5º, inciso XI da CF.

Feita tal observação, é incogitável que a apreensão questionada possa ser considerada incidental à prisão em flagrante de Senhor X, como se pretendeu colorir na espécie, inclusive com a respectiva lavratura do ato. Explica-se: a busca ocorreu e se exauriu antes do flagrante, não podendo ser um incidente deste. Isto porque o flagrado fora preso às 07h15m de [...]. No momento da busca, encontrava-se sob a custódia de autoridades estaduais. Entrementes, autoridades, executando o mandado de busca e apreensão de que dispunham, receberam informação de que logradouro diverso poderia conter elementos de interesse para a investigação. Em lugar de instar pela expedição de novo mandado – como, inclusive, determinada equipe observou – optaram tais agentes por ingressar em local diverso do indicado no mandado. Concluída a apreensão, então foram os policiais ao encontro do Senhor X; e, aí sendo, efetivaram sua prisão em flagrante, levando-o às dependências da Polícia Federal para lavratura.

Ora, no momento da mencionada prisão em flagrante – abstração feita, aqui, à sua legalidade²⁷ – a busca e apreensão já estava consumada e exaurida, enquanto ato realizado principaliter. Assim, tal busca e apreensão não poderia ser, ao mesmo tempo, um incidente da prisão em flagrante e causa deste. Como decidiu a Suprema Corte americana em *Johnson v. U.S.*,²⁸ de forma muito semelhante ao caso em exame, “considerando que o policial não tinha justa causa para prender o peticionário até o momento em que ele entrou no quarto de hotel e encontrou-o como seu único ocupante, a busca

27. É desnecessário analisar, para os fins de definir a licitude da prova, se o flagrante foi válido. Basta, na espécie, constatar que ele ocorreu após consumada a busca e apreensão, que, consequentemente, não poderia ser um incidente desta.

28. *Johnson v. U.S.*, 333 U.S. 10 (1948).

não pode ser mantida como incidental a uma prisão válida”, isto é, não pode “ao mesmo tempo justificar uma prisão por meio de uma busca e uma busca por meio de uma prisão”.²⁹

Verifica-se, assim, que a real natureza do que ocorreu consistiu numa busca e apreensão do art. 240 do CPP. Sendo tal a hipótese, os limites fixados pela autoridade judiciária eram de observância compulsória, sem qualquer margem de manobra por parte de seus executores. No ponto, equivocou-se a sentença ao sustentar ser dispensável novo mandado judicial para desviar-se daquele expedido. Pelo contrário, essa era exatamente a conduta exigível, pois, conforme decidido no MS nº 23.454, o Supremo Tribunal Federal assentou que “os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine”.³⁰

Nas palavras de Stefan Grawe, os executores de um mandado não podem desviar-se conscientemente de seus termos quando de seu cumprimento, mesmo que repute necessário fazê-lo. Segundo o tratadista alemão, “a formulação [da decisão judicial] deve garantir que permaneçam sem dúvida os objetivos, a amplitude e os limites da busca”, sendo que “a ordem de busca não é apenas a permissão para a realização da busca, mas é, ao mesmo tempo, o seu limite”, daí que “nenhuma formulação em branco será suficiente”.³¹ Portanto, ainda de acordo com Johnson, “como regra geral, a questão de saber quando o direito à privacidade deve dar lugar ao direito de busca e apreensão deve ser decidida por um agente judicial, não por policiais ou agentes governamentais”.³²

A propósito, em [...], poucos dias antes do ato questionado, a Suprema Corte analisou no HC 106.566 o surgimento de novas informações no curso do cumprimento de mandado de busca e apreensão no contexto de complexas relações corporativas ou societárias entre o alvo apontado e dependências formalmente separadas. Segundo o julgado, ainda que exista contexto de proximidade física (v.g., andares de um mesmo prédio), verificado no curso da execução a necessidade de ampliar a diligência, será compulsória a

29. *Ibid.* O acórdão explica que “foram, portanto, com base nas observações dentro do quarto, depois de terem obtido admissão na sua condição de policiais, que eles fizeram a prisão. Então, o governo está obrigado a justificar a prisão com base na busca; e ao mesmo tempo justificar a busca com base na prisão. Isso não é possível. *Um policial obtendo acesso a um quarto particular sob sua condição de policiais e segundo a lei que ele personifica, deve ter uma base legal válida para essa intrusão*”. (g.n)

30. STF, MS 23.454, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 19.08.1999, DJ 23.04.2004.

31. GRAWE, Stefan. *Die Strafprozessuale Zuffallsverwendung*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 67-70. No original, “die formulierung muss sicherstellen, das über Ziel, Rahmen und Grenzen der Durchsuchung keine Zweifel verbleiben. ‚Die durchsuchungsanordnung stellt nicht nur die Erlaubnis für die Durchführung der Durchsuchung dar, sondern zugleich auch deren Begrenzung, insofern genügt keine blankettartige Formulierung’.

32. Johnson v. U.S., 333 U.S. 10 (1948).

expedição de novo mandado, não se autorizando espécie de autotutela policial baseada em pretenso estado de necessidade investigativo.³³ Confira-se:

“Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas”.³⁴

A ratio decidendi do julgado deixa claro que é inadmissível à autoridade policial desviar-se do assentado no mandado, devendo obter nova ordem, à vista de nova justa causa, cujo exame competirá ao magistrado:

“[D]urante a execução da busca, foram descobertos *elementos que levavam a crer que havia ligação do escritório do 28º andar com a sede do Banco Opportunity*. É certo, também, que a ligação do paciente ao Grupo Opportunity é fato conhecido – muito embora ele negue participar da administração do Banco Opportunity, que não seria parte do grupo. Esses elementos talvez servissem de justa causa a postular um novo mandado judicial – desta feita, *direcionado à sede do Banco Opportunity, no 3º andar. Incumbiria ao juiz competente avaliar a justa causa da medida e, se fosse o caso, ordenar a diligência*”.³⁵

Da mesma forma, no Habeas Corpus 91.610/BA, o STF decidiu que eventual equívoco quanto à própria natureza jurídica do local informado, em que uma busca e apreensão deva ser realizada, a despeito da exatidão física do logradouro fornecido (por exemplo, escritório profissional em um lugar de residência) não autoriza sua correção administrativa, reclamando prévia retificação junto à autoridade judicial responsável pela emissão do mandado:

“HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO FUNDAMENTADA. VERIFICAÇÃO DE QUE NO LOCAL FUNCIONAVA ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO MAGISTRADO ANTES DA EXECUÇÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM SITUAÇÃO DISTINTA DAQUELA DETERMINADA NA ORDEM JUDICIAL. NULDADE DAS PROVAS COLHIDAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de

33. STF HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19.03.2015.

34. STF HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19.03.2015.

35. *Ibid.*

mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. 2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. 3. *Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes.* 4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do INQ 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação”.³⁶

O voto condutor assinala que cabe ao magistrado, ex ante, apreciar – corrigindo ou ampliando – o mandado deferido, do que deriva a única conduta admissível à autoridade policial em campo, qual seja, reportar-se, previamente, ao juiz da causa. Assim,

“a Polícia Federal deveria *ter previamente se reportado à Ministra Relatora*, noticiando o fato, para que, dessa forma, pudesse a autoridade judiciária decidir pela manutenção ou não da diligência, com especificação daquilo que se deveria buscar, coisa que não foi feita, *insistindo-se na prática do ato em local distinto daquele que desejava*”.³⁷

Destarte, caso as autoridades policiais efetivamente julgassem necessário realizar busca e apreensão de natureza investigatória em outros logradouros, objetivando corpo de delito – do art. 294 do CP ou qualquer outro – deveriam “postular um novo mandado judicial”,³⁸ “reportando-se previamente” ao magistrado, sendo que incumbiria ao juiz competente avaliar a justa causa da medida e, se fosse o caso, ordenar a diligência.³⁹

A propósito, decidiu o TRF da 4ª Região, em caso envolvendo diligência que se estendeu por outros andares de um grupo econômico, apesar de o mandado indicar o andar em que a diligência deveria ocorrer:

36. STJ HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.

37. STJ HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.

38. STJ HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19-03-2015.

39. STJ HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.

“PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVAJATO. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. EXCESSO NO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. RESTITUIÇÃO. 1. Às buscas domiciliares foi conferida proteção constitucional, que também se estende aos locais em que alguém exerce profissão ou atividade (artigo 5º, XI, da CF e artigo 246 do CPP). 2. A busca e apreensão é medida de natureza cautelar, excepcional, destinada a viabilizar a obtenção de dados probatórios e poderá ser determinada somente quando fundadas razões a autorizarem. 3. Os requisitos do mandado de busca e apreensão estão previstos na legislação processual, não se podendo acolher mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar. 4. Hipótese em que a operação policial extrapolou os limites do mandado, apreendendo bens em empresa distinta daquele objeto da constrição, situada em outro andar do mesmo prédio. 5. A dinâmica do cumprimento de ordens judiciais pode ensejar situações que a atuação da autoridade policial seja necessária e consequência lógica do cumprimento do mandado, devendo ser valorada a boa-fé no cumprimento da diligência. Todavia, quando há evidente atuação fora dos limites da autorização judicial, caberia novo pedido e deliberação específica. 6. Apelação provida para determinar a devolução dos itens apreendidos na sede da empresa requerente”.⁴⁰

A propósito, no caso *Marron v. U.S.*,⁴¹ a Suprema Corte americana distinguiu com precisão os fenômenos aqui envolvidos do ponto de vista analítico: prisão incidental à busca e apreensão e busca e apreensão incidental à prisão. Segundo esse interessante *decisum*, embora o mandado estabelecesse o objeto da apreensão:

“[O]s agentes, ao realizarem a busca e apreensão de um local onde bebidas intoxicantes estão sendo ilegalmente vendidas, podem *prender, sem mandado*, uma pessoa que, *na presença dos oficiais*, esteja envolvida numa conspiração para explorar tal local; e, ao mesmo tempo, podem, *incidentalmente à prisão*, apreender livros e papéis não descritos no mandado de busca e apreensão, encontrados no recinto e sob a posse imediata e controle da pessoa presa”.⁴²

Segundo o Tribunal, uma vez legalmente admitidos *in loco* por força do mandado de busca e apreensão, os agentes “tinham a prerrogativa de, sem mandado, promover, ao mesmo tempo, a busca do local a fim de encontrar e apreender as coisas empregadas na execução na empreitada criminoso”.⁴³

40. TRF4, ACR 5081686-38.2014.4.04.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 16.10.2015.

41. *Marron v. U.S.*, 275 U.S. 192 (1927).

42. *Marron v. U.S.*, 275 U.S. 192 (1927).

43. *Ibid.*

Marron destacou, pois, três fenômenos em sequência: (i) busca e apreensão com mandado; (ii) prisão incidental à busca e apreensão; (iii) nova busca, sem mandado, incidental à prisão.

In casu, deu-se que, no curso de uma busca e apreensão, teria sobrevivido causa provável em relação a outro local. Os policiais cruzaram a rua e, por conta própria, realizaram-na. Concluída e exaurida essa busca de natureza tipicamente probatória, e não-incidental a qualquer prisão, aí sim, *fait accompli*, dirigiram-se à Polícia Estadual e, lá chegando, efetuaram a prisão em flagrante de Senhor X, que já estava preso desde as 07h15m daquele dia. A apreensão, portanto, foi realizada sem mandado, completando-se; a prisão, a sua vez, foi realizada depois daquela busca, pelo que a última jamais poderia ser um incidente daquela. Descabe, aqui, formular outras hipóteses, pois tal é o fato formalizado pelas autoridades. E, como tal, a ilicitude salta aos olhos.

Os indícios supostamente relevados em interceptação telefônica ocorrida às 10h12m, quando muito, poderiam servir de justa causa para representar-se pela expedição de um novo mandado para um novo endereço. Diferentemente do que fez a equipe em questão, verifica-se que, no desenrolar da operação A*** II, houve equipes que, durante a diligência, instaram ao magistrado, exibindo justa causa, pela expedição de novos mandados, o que foi deferido.⁴⁴ A equipe em análise resolveu agir por conta própria, substituindo-se à magistratura. Diga-se de passagem, que nada impediria à Polícia permanecer nos limites do prédio, assegurando-se de que nada seria retirado. Porém, resolveu proceder por conta e risco.

Ocorre que a justa causa eventualmente fornecida pela interceptação não toma o lugar do mandado, nem investe a autoridade policial do juízo privativo dos magistrados. Quando muito, a interceptação pode ser compreendida como requisito probatório à formulação de um pedido, nunca o próprio deferimento deste ou mesmo a sua dispensa.

De fato, conforme decidido em *Collins v. Virginia*,⁴⁵ “qualquer busca e apreensão sem mandado válida exige que a polícia tenha o direito legal de ter acesso ao objeto em si mesmo;⁴⁶ e, “mesmo quando o objeto seja ilícito, esta Corte tem repetidamente entendido e determinado a regra básica de que a polícia não pode entrar e fazer uma busca e apreensão sem mandado”.⁴⁷ Havendo notícia de causa provável sobre a existência de objetos de interesse, cabe à autoridade instar por novo mandado, e não transformar elemento de prova em flagrante delito, para, depois, sair em busca de um flagrado, transformando aquela em incidente deste.

44. No curso da busca e apreensão realizada naquele dia, sobreveio petição registrando que a força-tarefa “obteve deste alvo a informação de que o servidor de dados da empresa x, com informações filiais e outras empresas utilizadas nos negócios da empresa y estão na sala de n. 8 no segundo andar da farmácia [...], na Rua [...], Bairro [...], nesta cidade”.

45. *Collins v. Virginia*, 548 U.S. (2018).

46. *Ibid.*, citando p. 8, *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

47. *Ibid.*, citando p. 8, *G.M. Leasing Co. v. U.S.*, 429 U.S. 338 (1977).

Assim, considerando (i) que a apreensão dos Objetos não estava abrangida pelo mandado; (ii) que, em face de suposta justa causa, a autoridade policial não providenciou a obtenção de novo mandado; (iii) que, quando efetuada a prisão em flagrante, tal busca e apreensão já estava exaurida e consumada; (iv) que, portanto, não poderia tal busca ser considerada como incidental à prisão de Senhor X, o art. 5º, inciso IX da CF é inaplicável à espécie, razão pela qual ilícita a diligência em análise.

4. RESPOSTA AOS QUESITOS

Isso posto, respondemos negativamente aos três quesitos que nos foram submetidos à análise, o que significa dizer que, segundo nossa melhor avaliação, a apreensão dos objetos constitui prova ilícita.

É o nosso parecer, *sub censura*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CUDIHY, William J. *The fourth amendment: origins and original meaning*, 602–1791. New York: Oxford University Press, 2009. p.110.
- GRAWE, Stefan. *Die Strafprozessuale Zuffalsverwendung*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 67-70.

Legislação

- BRASIL. *Lei 261 de 3 de dezembro de 1841*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
- BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm]. Acesso em: 22.02.2021.
- BRASIL. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=4%C2%BA%20Haver%C3%A1%20em%20cada%20Districto,de%20Justi%C3%A7a%20que%20parecerem%20necessarios]. Acesso em: 22.02.2021.

JURISPRUDÊNCIA

- STF, HC 106.566, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, DJe-053: Divulg. 18.03.2015, p. 19.03.2015.
- STF, HC 91.610, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.06.2010, DJe-200: Divulg. 21.10.2010, p. 22.10.2010.
- STF, MS 23.454, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 19.08.1999, DJ 23.04.2004.
- STF, MS 23.642, Relator(a): Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 29.11.2000, DJ 09.03.2001.
- STF, RE 603.616, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.11.2015, Repercussão Geral - Mérito DJe-093, Divulg. 09.05.2016, p. 10.05.2016.
- STJ, REsp 1.574.681/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017.

Jurisprudência internacional

- Astley v. Pinder, Cowp. 7.
- Byars v. U.S., 273 U.S. 28 (1927).
- Collins v. Virginia, 548 U.S. (2018).
- Entick v. Carrington, SC. 19 How. St. Tri. 1030 (1765).
- G.M. Leasing Co. v. U.S., 429 U.S. 338 (1977).
- Henry v. U.S., 361 U.S. 98 (1959).
- Horton v. California, 496 U.S. 128.
- Johnson v. U.S., 333 U.S. 10 (1948).
- Lee v. Gunsell, Cowp. 1. S.C. Loft. 374.
- Lloyd v. Sandilands, 8 Taunt. 250. SC 2 B. Moore 207.
- Marron v. U.S., 275 U.S. 192 (1927).
- Ratcliffe v. Burten, 3 Bos & Pull, 223.
- Semayne v. Gresham, 5 Co. Rep. 91a. 194 (1604).
- Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
- U.S. v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948).
- Wilson v. Arkansas, 514 U.S. 927 (1995).
- Sibron v. New York, 392 U.S. 40 (1968).

TRF4, ACR 5081686-38.2014.4.04.7000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 16.10.2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A "guerra contra o crime" e os crimes da guerra: flagrante e busca e apreensão nas periferias, de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – *RBCCrim* 117/287-309; e
- Bengalas e malhetes: A influência da emenda 88 na jurisdição constitucional, de Andréa Magalhães – *RDCC* 100/137-159.