

## BUSCA E APREENSÃO: O REGIME JURÍDICO DE ARGENTINA, INGLATERRA E ITÁLIA

**Brenno Gimenes Cesca**

Mestre em direito pela USP. Membro do IBCCRIM, APAMAGIS e APBM. Juiz de direito em São Paulo.

**Gregório E. R. Selingardi Guardia**

Doutorando e mestre em direito pela USP. Membro do IBCCRIM. Promotor de justiça.

**Resumo:** O presente artigo aborda a busca e apreensão nos direitos argentino, inglês e italiano. Antes, porém, são apresentadas considerações acerca deste instituto no direito pátrio. Ao se iniciar a exposição sobre cada um dos ordenamentos já referidos, a fim de contextualizar o instituto no respectivo direito estrangeiro, é feita breve explanação sobre seu sistema probatório. Ao final, são apresentadas as considerações finais sobre o tema.

**Palavras-chave:** Busca e apreensão. Disciplina pátria. Direitos argentino, inglês e italiano.

**Abstract:** This paper aims the search and seizure discipline in Argentina, England and Italy. First, considerations are made about this institute on Brazilian law. Before starting the explanation on each of the systems mentioned above, in order to contextualize the institute, it is made a brief exposition about their law of evidence. Finally, there are presented the final remarks on the topic.

**Keywords:** Search and seizure. Brazilian discipline. Argentine, British and Italian law.

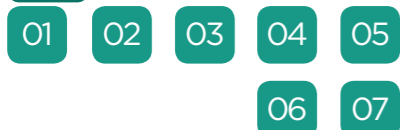
**Sumário:** Introdução. 1. Exame preliminar do tema. 2. Disciplina argentina. 2.1. Notas gerais sobre o sistema probatório argentino. 2.2. A busca e apreensão no ordenamento argentino. 3. Disciplina inglesa. 3.1. Notas gerais sobre o sistema probatório inglês. 3.2. A busca e apreensão no ordenamento inglês. 4. Disciplina italiana. 4.1. Notas gerais sobre o sistema probatório italiano. 4.2. A busca e apreensão no ordenamento italiano. 5. Considerações Finais. Bibliografia.

### Introdução

O presente trabalho objetiva analisar o instituto da busca e apreensão nos ordenamentos jurídicos de Argentina, Inglaterra e Itália, com vistas a fomentar debates e reflexões sobre o tema, sem descurar do escopo de aprimoramento da normativa pátria coetânea. Primeiramente, discorre-se brevemente sobre aspectos relevantes da atual conjuntura dos sistemas jurídicos, para em seguida identificar os elementos essenciais de regência da medida em cada um dos contextos examinados.

O estudo da legislação de distintos ordenamentos jurídicos não pode se distanciar da reflexão sobre alguns dos aspectos centrais da matéria, tais como o exame individualizado das providências de *busca* e de *apreensão*; a controversa natureza jurídica da medida, e a necessária previsão de um regime condizente com a preservação dos direitos e garantias fundamentais, e ao mesmo tempo, apto a atingir com eficiência os escopos processuais visados.

A ampla consagração de direitos e garantias individuais na Constituição Federal de 1988 impõe que as medidas restritivas de direitos permaneçam limitadas a situações excepcionais. No que se refere às buscas e apreensões, a



previsão dos direitos à inviolabilidade do domicílio, intimidade e vida privada (art. 5º, incisos XI e X, respectivamente), bem como dos princípios do devido processo legal, da proibição de provas ilícitas (art. 5º, incisos LIV e LVI) e da proporcionalidade, restringem a atuação do Poder Público.

Na seara dos direitos fundamentais e dos mecanismos de proteção, a proporcionalidade representa autêntico instrumento de defesa dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito. A vigência do princípio exige que o decreto de busca e apreensão observe os pressupostos formal e material, respectivamente, a legalidade e justificação teleológica, bem como os requisitos intrínsecos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e extrínsecos (judicialidade e motivação).<sup>1</sup>

Como desdobramento dos pressupostos e requisitos da proporcionalidade, a restrição aos direitos individuais do investigado deve pautar-se em lei prévia e atender a finalidade específica, compatível com os desígnios constitucionais. Ademais, a autorização judicial deve estar devidamente fundamentada, averiguada a inexistência de outros meios menos lesivos aos direitos do investigado (necessidade); avaliada a eficácia da medida para atender o escopo de apuração dos fatos (idoneidade); valoradas as consequências do ato, em relação à estigmatização jurídica e social que sofrerá o inculcado (proporcionalidade em sentido estrito).

Ao lado das garantias constitucionais<sup>2</sup>, em autêntica perspectiva de complementariedade, encontra-se o plano da eficiência<sup>3</sup>. Neste sentido, a busca e apreensão há que dispor de meios concretos para funcionar como auxílio no cumprimento de medidas de urgência pessoal (prisões), na consecução de providências instrutórias voltadas ao esclarecimento dos fatos investigados, na garantia da restituição das coisas apreendidas à vítima, na apreensão de objetos ilícitos e das vítimas do delito.<sup>4</sup>

Na prospecção da natureza jurídica da busca e apreensão no processo penal, ora se evidencia o caráter probatório da medida (como meio de obtenção de prova), ora os aspectos relacionados à natureza acautelatória da apreensão dos objetos utilizados na prática criminosa.

Com o propósito de acentuar o caráter probatório da medida é possível relacionar algumas características frequentemente elencadas pela doutrina como integrantes de sua definição. Em síntese, trata-se de diligência investigativa de procura e asseguarção de fontes de prova, limitativa de direito individual, destinada a apreender elementos de convicção necessários à prova de infração ou à defesa do réu, decretada sempre mediante autorização

1 Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6a ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 49-56. A respeito da proporcionalidade como instrumento de defesa de direitos fundamentais e o vínculo do princípio com o corolário do *due process of law*, v. Guerra Filho, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. In: Silva, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 255-269.

2 Consoante o ensinamento de Antonio Magalhães Gomes Filho, a escolha do "modelo garantista" como esquadro de uma investigação, pressupõe a preservação de garantias como método de legitimação para o exercício do poder punitivo. Uma vez instituídas, representam barreiras, vínculos, obstáculos à punição indiscriminada (*O "Modelo Garantista" de Luigi Ferrajoli*. *Boletim IBCCRIM*, n. 58, 1997, p. 6).

3 No que toca às noções de eficiência e garantismo, v. Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6a ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 19-21.

4 Leite, Larissa. *Medidas Patrimoniais de Urgência no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247. A autora também adverte que a própria leitura do art. 240, do Código de Processo Penal, aponta para as finalidades bastante distintas da medida.



judicial. Por outro lado, a evidenciar o ato de apreensão dos bens obtidos ou achados por meios criminosos, prevalecerá a natureza acautelatória ou reparatória da providência.

Muito embora sejam constantes as tentativas de definição da busca e apreensão como conceito uno, indispensável atentar que a providência em estudo compõe-se de dois institutos autônomos, cuja natureza jurídica não é idêntica. Tal circunstância dirige o estudo no sentido da individualização de suas providências, ainda que não tenha sido esta a escolha do legislador pátrio.<sup>5</sup>

### 1. Exame preliminar do tema

Antes de iniciar a análise do tema no Direito comparado, necessário tecer alguns comentários sobre a busca e apreensão no sistema pátrio. Conquanto não se pretenda expor todos os aspectos atinentes ao tema, o presente tópico centra-se em algumas elucidações pertinentes para a exposição que seguirá.

O regime jurídico das buscas e apreensões no Direito pátrio consta do Livro I (“Do processo em geral”), Título VII (“Da prova”), Capítulo XI, do Código de Processo Penal. Como característica da tradição legislativa e doutrinária do tema, seu tratamento é unitário, pois a busca, no mais das vezes, antecede a apreensão. Há o costume de tratar conjuntamente as medidas, de modo a sugerir que sejam objetivamente inseparáveis. As buscas, porém, “se distinguem da apreensão, como os meios diferem dos fins”.<sup>6</sup>

Como normalmente se procede à apreensão do objeto encontrado, esta relação entre meio e fim inspirou o legislador processual penal a tratar conjuntamente dois atos que são independentes. A diferenciação dos conceitos evidenciar-se a partir da constatação de que a busca impõe restrição às garantias de liberdade individual (inviolabilidade de domicílio e da pessoa física), enquanto as apreensões “emergem como limitações ao poder individual de deter as coisas e de reter as pessoas”.<sup>7</sup>

Consoante a lição de CLEUNICE BASTOS PITOMBO, o conceito de busca pode ser sintetizado como “ato do procedimento persecutivo 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 no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes (veículo), coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.”<sup>8</sup>

Destarte, a diligência de busca tem como objetivo central a atividade de esquadrinhar e revistar lugar certo, previamente designado em mandado judicial, de forma clara e completa.

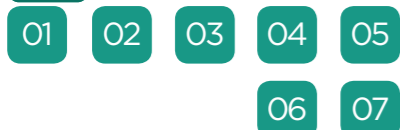
Por sua vez, considera-se apreensão a medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar com a finalidade de produzir prova. Trata-se de ato processual penal de apossamento, remoção e guarda de coisas,

5 Sobre a conjugação de duas medidas autônomas no mesmo instituto, v. Pitombo, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 102; Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 340.

6 Pitombo, Sérgio. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 60.

7 Pitombo, Sérgio. *Do sequestro no processo ...*, op. cit., p. 73.

8 Pitombo, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão ...*, op. cit., p. 109.



semoventes ou pessoas, no cumprimento de ordem ou decisão judicial. O objeto da medida permanece sob custódia enquanto perdurar o interesse processual de resguardá-la.

O aspecto acautelatório da apreensão está expresso em sua inegável urgência (*periculum in mora*), que evidencia a perspectiva instrumental e provisória da medida. A noção de *periculum in mora* pode ser sintetizada como uma situação em que há séria possibilidade de dano (perigo de insatisfação ou risco de satisfação tardia). A medida instrumental atende o imperativo de segurança, diretamente associado à presteza e celeridade da providência.<sup>9</sup>

O objetivo da apreensão concentra-se na tomada e conservação de coisas ou retenção de pessoas, para assegurar a consecução dos fins processuais.<sup>10</sup> Para HÉLIO TORNAGHI, os escopos da apreensão podem ser diferenciados, segundo o intento de tornar efetiva a lei penal (CPP, art. 240, § 1º, *b, c e d*), visar ao recolhimento de coisas destinadas a práticas criminosas, e à realização de fins processuais (CPP, art. 240, § 1º, *e, f, e h*), em razão de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu ou qualquer outro elemento de convicção.<sup>11</sup>

Há um inegável interesse de trazer à persecução penal, pessoas, semoventes ou coisas que apresentem relevância como fontes de prova para o processo. Para tanto, o Poder Público exerce o *jus perseguendi in judicio* na procura ou pesquisa de elementos essenciais para a relação processual.

## 2. Disciplina Argentina

### 2.1. Notas gerais sobre o sistema probatório argentino

A República Presidencialista da Argentina é composta por vinte e três províncias com autonomia legislativa.

A Constituição da Nação, em 1994, incorporou ao ordenamento argentino, com *status* de normas constitucionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A Constituição da Nação figura no ápice da pirâmide representativa do sistema legal argentino. Dessa forma, as províncias, ao editarem suas respectivas constituições e normas processuais penais, devem respeitar os preceitos da norma maior.

O atual Código de Processo Penal da Nação foi promulgado em 1991 e consagrou o sistema acusatório (especialmente pela previsão do *juicio oral*), além de, juntamente com a Constituição, garantias penais universais (presunção de inocência, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, ampla defesa, direito de informação acerca da imputação e direito a contraditar os testemunhos).<sup>12</sup>

9 Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 5-7.

10 Como ensina ADA PELLEGRINI GRINOVER, as buscas constituem os meios e as apreensões os respectivos fins (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 202).

11 Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo ...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

12 Brentel, Camilla. *A disciplina da prova no processo penal argentino*. In: Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 85-86



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



No CPPN (Código de Processo Penal da Nação) e na maior parte dos códigos provincianos a persecução penal se desenvolve em três fases distintas: investigação pré-processual a cargo da polícia judiciária, *instrucción* (*investigación previa* ou *sumario*) e *juicio oral*.<sup>13</sup>

O averiguado não pode ser indiciado pela autoridade policial, que, todavia, pode lhe fazer perguntas relacionadas à sua identidade. Caso ele manifeste o desejo de prestar declarações, ou em caso de urgência, é convocado o juiz competente para ouvi-lo na presença de seu defensor (art. 197 do CPPN).<sup>14</sup>

Nos termos do art. 193 do CPPN, a *instrucción* visa à demonstração da existência e autoria do crime com todas as suas circunstâncias. Inicia-se mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial e é presidida por juiz ou promotor de justiça (art. 196), mas mesmo na última hipótese a *indagatoria* (interrogatório – art. 299) é conduzida pelo juiz da *instrucción*.

Após este ato processual, havendo provas suficientes da existência e autoria delitivas, é determinado o processamento do imputado. Provado que o réu não perpetrou o delito; se o fato imputado não for crime; ou incidindo qualquer causa excludente da ilicitude/culpabilidade, entre outros casos, determinará o juiz o *sobreseimiento* da ação penal (art. 336), que conduz ao encerramento definitivo e irrevogável do processo penal em relação ao favorecido (art. 335).

Sem embargo, se nessa fase o juiz se convencer que não há justa causa para o processamento do feito, tampouco hipótese autorizadora do *sobreseimiento*, prolatará decisão terminativa, a qual não impede a continuidade das investigações, e colocará em liberdade o preso que possuir domicílio certo (art. 309).

Determinado o processamento do feito, segue-se a *instrucción*, conduzida sob o pálio do contraditório e ampla defesa.

A seu cabo, é feito novo juízo de admissibilidade da acusação, que pode acarretar o *sobreseimiento* da ação ou a realização do *juicio oral*.

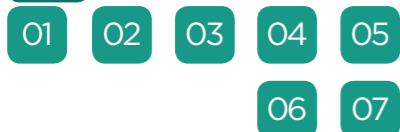
No *juicio oral* a produção de provas é realizada na audiência de julgamento perante um tribunal colegiado, que, após os debates, julga o mérito da causa.

Importante ainda pontuar que o código, mitigando o princípio da obrigatoriedade, prevê procedimento transacional, denominado *juicio abreviado*, regulado pelo art. 431-bis do CPPN. É cabível nos crimes com pena máxima não superior a seis anos, e incide apenas quanto ao montante da pena. Esse procedimento apenas suprime a fase do *juicio oral*. A causa é remetida ao juízo colegiado, que deve prolatar decisão de mérito recorrível com base nas provas produzidas durante a *instrucción*.

No que diz respeito às provas, o capítulo I do Título III do CPPN classifica como meios de prova: inspeção judicial e reconstituição do delito (art. 226 a 223); busca domiciliar e pessoal (art. 224 a 230-bis); sequestro, interceptação postal e telefônica (art. 231 a 238-bis); testemunhos (art. 239 a 252); perícia (art. 253 a 267); interpretação e tradução (art. 268 a 269); reconhecimento de pessoas e coisas (art. 270 a 275) e acareações (art. 276 a 278).

13 Brentel, Camila. *A disciplina...*, op. cit., p. 86.

14 Brentel, Camilla. *A disciplina...*, op. cit., p. 87.



Essa classificação é criticada pela doutrina, que se refere a *meios de prova ordinários* (inspeção judicial e reconstituição do delito; testemunhos; perícia; interpretação e tradução; reconhecimento de pessoas e coisas; acareações) e *meios auxiliares de prova*, os quais, a despeito de inseridos no capítulo do referente aos meios de prova, trata-se de medidas coercitivas de investigação (busca domiciliar e pessoal, sequestro, ordem de apresentação, isolamento de locais, interceptação de correspondência e de comunicações telefônicas).<sup>15</sup>

A doutrina argentina costuma ainda referir-se a *elemento de prova*, *órgão de prova*, *meio de prova* e *objeto da prova*.<sup>16</sup>

VÉLEZ MARICONDE, citado por CAFFERATA NORES e HAIRABEDIÁN, define *elemento probatório* como “todo dado objetivo que se incorpora legalmente ao processo, capaz de produzir um conhecimento certo ou provável acerca dos contornos da imputação delitiva” (tradução livre).<sup>17</sup>

Órgão de prova, a seu turno, é o sujeito que porta um elemento de prova e o transmite ao processo. Já *meio de prova* diz respeito ao procedimento previsto para o ingresso de um elemento de prova no processo. Finalmente, *objeto de prova* é aquilo que pode ser provado.<sup>18</sup>

## 2.2. A busca e apreensão no ordenamento argentino

A busca, seja de lugar (*registro*), domiciliar (*allanamiento*) ou pessoal (*requisa personal*) é disciplinada nos artigos 224 a 230-bis, do CPPN. A apreensão, por sua vez, denominada *secuestro*, é regulada pelo artigo 231 e seguintes do mesmo diploma.

Consoante art. 224, a busca de lugar é autorizada por decisão judicial fundamentada (que atenda aos requisitos de necessidade e proporcionalidade) quando há motivos para se presumir que em determinado local existem coisas vinculadas à investigação de um crime, ou que ali se pode efetuar a prisão do imputado, suspeito ou foragido.<sup>19</sup>

Importante frisar que a presunção judicial deve se originar de circunstâncias objetivas idôneas.<sup>20</sup>

É realizada pessoalmente pelo juiz ou delegada à polícia. No último caso, é expedida uma ordem escrita, com identificação da causa, do lugar ou lugares objeto da busca, sua finalidade e a autoridade que a realizará. Findo o procedimento, o responsável lavrará um auto (§ 1º).

15 Brentel, Camilla. A disciplina..., *op. cit.*, pp. 93-94; Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y le la Prov. de Córdoba*. 6a ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 47.

16 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, p. 16 e ss.

17 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, p. 16.

18 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 35-38.

19 Consoante lição de Cafferata Nores e Hairabedián (*La prueba ...*, *op. cit.*, p. 231), o lugar sujeito a busca é constitucionalmente protegido, envolvendo de alguma maneira a intimidade das pessoas ou constituindo propriedade privada. Do contrário, não será necessária uma ordem judicial para realização da busca, como, por exemplo, em uma praça ou cabine de telefone público. Em outra passagem, retomando o assunto (p. 241), os autores aduzem que também as celas das prisões estão tuteladas pela inviolabilidade do domicílio. Em sentido contrário, mencionam julgado do Tribunal Superior Espanhol que, com acerto, considerou que a inviolabilidade do domicílio é um complemento do direito de liberdade, dos quais estão privados os presos, pelo que não podem eleger um espaço limitado para sua privacidade exclusiva (sala 2a, 11/10/94, RA 8347).

20 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, p. 232.



Se no estrito cumprimento da ordem forem encontrados outros objetos que evidenciem a prática de delito(s) diverso(s) daquele que motivou a ordem, proceder-se-á à sua apreensão, comunicando-se ao juiz (§ 4º).<sup>21</sup>

Quando a busca for domiciliar (entendido domicílio como local habitado, incluindo suas dependências fechadas)<sup>22</sup>, apenas poderá realizar-se do nascer ao por do sol, salvo casos sumamente graves e urgentes; havendo perigo a ordem pública; ou quando o morador consinta (art. 225).<sup>23</sup>

Essa limitação de horário, todavia, não se aplica a edifícios públicos e escritórios administrativos, locais de reunião ou diversão, em sede de associações ou qualquer outro local fechado que não seja destinado a habitação ou residência particular (art. 226).

Nessas hipóteses deverão ser comunicadas as pessoas responsáveis pelos locais, salvo se prejudicial à investigação (§ 1º).

Contudo, para entrada e busca no Congresso o juiz necessitará de autorização do Presidente da Casa (§ 2º).

CAFFERATA NORES e HAIRABEDIÁN acrescentam que a busca em um escritório de advocacia deve ser precedida de comunicação ao Colégio de Advogados, podendo a entidade de classe designar um observador para acompanhar o procedimento.<sup>24</sup>

O artigo 227 excepciona que a polícia poderá proceder a busca domiciliar sem prévia ordem judicial quando: houver ameaça à vida dos habitantes ou à propriedade (casos de incêndio, explosão e inundação, p.ex.); pessoas estranhas entrarem em uma casa ou lugar com indícios manifestos de que praticarão um delito; algum criminoso perseguido adentre em uma casa ou lugar; vozes oriundas de uma casa ou lugar anunciem que ali está sendo perpetrado um crime e peçam socorro; haja suspeitas fundadas de que em uma casa ou lugar se encontra uma vítima sequestrada que corre perigo iminente de vida ou em sua integridade física. Nesta última hipótese, o representante do Ministério Público deverá autorizar a diligência e estar presente no lugar.

A ordem de busca deve ser comunicada ao habitante ou possuidor do local em que deve ser efetuada, ou, na sua ausência, a seu encarregado ou a pessoa maior de idade que ali esteja, preferencialmente parentes do primeiro. O notificado será convidado a acompanhar a busca.<sup>25</sup> Praticado o ato, será lavrado ata com seu resultado (art. 228).

21 Sobre o tema, reflete Alejandro Carrió que não parece razoável que se continue a devastar o lugar de modo indiscriminado após localização do objeto sujeito a apreensão, ou que se busque o objeto almejado em locais onde obviamente não esteja escondido (como, por exemplo, quando a polícia é autorizada a buscar um automóvel e revista os armários de uma residência) (*Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 393-394).

22 O art. 18 da Constituição da Nação (CN) garante a inviolabilidade do domicílio, prescrevendo que “*el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*”.

23 O consentimento, advertem Cafferata Nores e Hairabedián, colacionando jurisprudência sobre o tema, deve ser feito pelo interessado plenamente capaz de modo expresso, livre e indubitável, antes do ingresso (*La prueba...*, op. cit., p. 234-235).

24 *La prueba...*, op. cit., p. 245.

25 Evidentemente há casos em que a notificação se mostra prescindível, como quando não há ninguém no local.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



De acordo como art. 201 do código, a defesa não precisa ser previamente notificada da busca (cuja eficácia pressupõe surpresa), mas se presente o defensor no local quando da diligência, possui o direito de acompanhá-la, até porque se cuida de ato irrepetível.

A busca pessoal também deve ser precedida de ordem judicial, e tem por condição a existência de motivos suficientes para se presumir que alguém oculta em seu corpo coisas relacionadas a um delito. Antes de se realizar a busca, a pessoa a ela sujeita poderá ser convidada a exhibir o objeto (art. 230).

As buscas serão realizadas separadamente, respeitando-se o pudor das pessoas. A feita em mulher será por outra realizada (§ 1º).

A operação também será registrada em ata (§ 2º).

O art. 230-bis, incorporado ao CPPN pela Lei n. 25.434 (art. 4º), autoriza a polícia e forças de segurança a procederem a busca pessoal, bem assim em interior de veículos, aeronaves ou embarcações, independentemente de ordem judicial, para encontrar coisas provavelmente provenientes ou constitutivas de um crime ou de instrumentos que possam ser utilizados para a prática de um crime, sempre que seja o procedimento realizado com a concorrência de circunstâncias prévias e concomitantes que objetiva e razoavelmente justifiquem o procedimento, devendo a operação ser feita em via pública ou lugar de acesso público.

Nesses casos, o resultado da busca deve ser comunicado imediatamente ao juiz competente (§ 1º).

Outrossim, tratando-se de operação pública preventiva, poderão ser realizadas inspeções em veículos (§ 2º).<sup>26</sup>

A este respeito CAFFERATA NORES e HAIRABEDIÁN advertem que, ao passo que a busca pessoal possui como requisitos a necessidade de que traga consigo a pessoa a ela sujeita elementos vinculados a um crime, podendo conduzir ao exame completo de um determinado indivíduo, inclusive com obrigação de desnudamento, a busca meramente preventiva não tem como pressuposto suspeita prévia, devendo ser superficial, genérica, minimamente invasiva e rápida. Citam como exemplo destas buscas preventivas os detectores de metais.<sup>27</sup>

Por último, os objetos almejados pela busca, quando encontrados, serão apreendidos (art. 231).

### 3. Disciplina inglesa

#### 3.1. Notas gerais sobre o sistema probatório inglês

Preliminarmente a exposição dos contornos legais do instituto da busca e apreensão no Direito inglês, faz-se necessário lançar luzes sobre alguns aspectos essenciais deste sistema jurídico. Importa enfatizar, sobretudo, o caráter consuetudinário e histórico da normativa inglesa, bem como brevemente discorrer sobre o sistema probatório inglês (*Law of evidence*).<sup>28</sup>

26 Antes da introdução desta norma ao código, discutia-se se os veículos eram abrangidos pela inviolabilidade do domicílio constitucionalmente garantida (CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías...*, op. cit., pp. 424 e ss.).

27 *La prueba...*, op. cit., pp. 258-259.

28 O estudo aperfeiçoado neste subitem busca contextualizar a medida de busca e apreensão no direito probatório inglês; com esta preocupação





A chamada *common law* designa o direito comum que se estabeleceu de maneira uniforme pelo território inglês. Na atualidade, a expressão compreende um corpo de princípios e regras não escritas, cuja autoridade provém dos usos e costumes e das decisões judiciais que os reconhecem.

Segundo a tradição jurídica inglesa, a jurisdição soluciona as controvérsias com base em precedentes judiciais (*case law*). Se para o Direito romano-germânico a interpretação do direito advém da norma ao caso concreto (cria-se o direito pela lei e o espírito da lei), para o Direito anglo-saxão parte-se do caso concreto para se chegar à norma. Assim, o jurista inglês cria o direito com base na vida jurídica e natureza dos fatos, por intermédio de um método essencialmente *empírico e indutivo*<sup>29</sup>.

Se a solução para o caso presente não puder ser extraída de uma apreciação jurisdicional pretérita, um novo posicionamento será construído e a justificação empregada no julgamento estará alinhada à agregação dos argumentos utilizados para julgar aspectos semelhantes de casos anteriores. Se a interpretação jurídica é mais seguramente orientada pela natureza dos fatos, o caso singular porta em si já o seu direito – *facto jus oritur* (do fato surge o direito), não é adequado antecipar o direito particular do caso concreto com ideias pré-constituídas.<sup>30</sup>

O Direito Processual Penal está disperso por uma série de textos legislativos e farta jurisprudência. Dentre as fontes normativas do Direito inglês, há acentuada preponderância dos precedentes.<sup>31</sup> Contudo, não se pode ignorar o crescente protagonismo dos Atos do Parlamento (*Acts*) que disciplinam muitos dos temas processuais penais, como a Magna Carta (1215) e o *Bill of Rights Act* (1688). Subsidiariamente o costume e a doutrina também constituem fontes normativas na Inglaterra.<sup>32</sup>

O Reino Unido não dispõe de código de processo penal; as regras estão dispersas em uma série de marcos normativos escritos e não escritos. Diferentemente do que ocorre nos países de *civil law*, as disposições sobre os poderes de

---

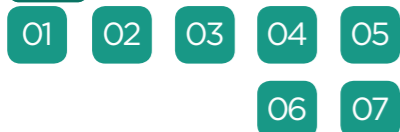
não se poderá deixar de discorrer brevemente sobre as fontes do Direito inglês e as regras de exclusão da prova (*exclusionary rules*). Algumas características notáveis do direito processual, por superarem os estreitos lindes deste estudo, não serão analisadas, como as noções de *remedies precede rights* e a organização judiciária na Inglaterra (peculiar estrutura que inclui a *Supreme Court of United Kingdom*, a *Court of Appeal*, a *High Court of Justice*, a *Crown Court*, a *Magistrate's Court*, os tribunais de *Equity* e os profissionais do direito que integram a Justiça).

29 Para Gustav Radbruch: “*La maniera inglese di pensare che ha acquisato specialmente con FRANCIS BACON un decisivo influxo, può essere contrassegnata con le parole: empirismo o induzione (Lo spirito del diritto inglese. Trad. Alessandro Baratta. Milano: Guffré, 1962, p. 8). Assevera João Gualberto Garcez Ramos que a diferença entre os sistemas romano-germânico e anglo-saxão é “essencialmente metodológica”; se o primeiro vale-se de método indutivo, o segundo de método dedutivo (Curso de Processo Penal Norte-americano. São Paulo: RT, 2006, p. 50).*”

30 No Direito anglo-saxão há uma clara divisão das funções dos sujeitos processuais, incumbindo ao juiz atuar como árbitro, assegurando a igualdade entre as partes. Trata-se de um sistema prevalentemente acusatório, com a valorização do duelo entre as partes. Habitualmente, os juristas ingleses entendem que o sistema não possui relação com os sistemas inquisitoriais; contudo, de rigor mencionar que segundo o esquema proposto pela Comissão de Justiça Penal e Direitos do Homem, o sistema inglês incorpora elementos de ambos os modelos, a evidenciar um autêntico sistema misto (SPENCER, John. *O Processo Penal na Inglaterra*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri: Manole, 2004, p. 85).

31 Como exemplos de precedentes que consagraram princípios processuais penais, v. presunção de inocência (*Woolmington v. DPP*, 1935, AC 462); publicidade dos julgamentos (*Scott v. Scott*, 1913, AC 417); oralidade da prova em relação a testemunhas chave (*R. v. Collins*, 1938, 26 Cr. App. R. 177); princípio acusatório na arguição das testemunhas (*R. v. Grafton*, 1993, QB 101).

32 O regramento processual penal na Inglaterra não é comum ao País de Gales, ambos integram a Grã-Bretanha, mas o tratamento legal não é idêntico.



polícia, o direito da prova<sup>33</sup>, o procedimento nos tribunais penais e os poderes desses colegiados constam em dezenas de legislações especiais (*Acts*). Na doutrina há críticas a este modo particular de previsão processual; consoante JOHN SPENCER, na Inglaterra até agora não parece que se tenha pensado seriamente nos direitos do homem no processo penal. Como não se pensa globalmente em termos de processo, não se pensa globalmente na totalidade dos direitos que devem ser atribuídos ao acusado.<sup>34</sup>

As regras probatórias na Inglaterra constam na disciplina do chamado *Law of evidence*. Denomina-se *evidence* a informação com a qual os fatos tendem a ser provados, e *Law of evidence*, o conjunto das leis (*Acts*) e o critério regulador dos meios pelos quais os fatos podem ser provados.<sup>35</sup>

Para a *common law*, não há vedações prévias ao uso dos meios probatórios. Como regra geral na disciplina da *evidence* todo elemento de prova relevante deve ser admitido, desde que não haja norma ou motivo específico para excluí-lo –postulado que deve ser compreendido não apenas como um preceito jurídico, mas principalmente como princípio geral da razão.<sup>36</sup> No Direito inglês, a admissão de uma *evidence* em juízo não está condicionada à existência de uma norma permissiva, mas sobretudo, à sua relevância na dialética do contraditório.

Considera-se *evidence* tudo aquilo que serve logicamente para provar um fato. A única limitação ao uso dos meios de provas relevantes consiste nas chamadas *exclusionary rules*. Dúplice o critério tradicional para a exclusão da *evidence* no caso concreto: (i) se o valor probatório da *evidence* é inferior aos efeitos prejudiciais; (ii) se a *evidence* foi obtida ilegal ou impropriamente antes do julgamento.

Há três modalidades de *exclusionary rules*<sup>37</sup>: *hearsay evidence*, *bad character evidence* e *evidence* ilegalmente obtida.

A proibição do testemunho de ouvir dizer (*hearsay*) objetiva assegurar a presença das testemunhas para que prestem oralmente e em juízo o respectivo depoimento. O depoimento oral desta pessoa não pode ser substituído por qualquer outro, inadmitte-se a recepção de informações que não possam estar sujeitas ao contraditório do acusado.<sup>38</sup>

33 Em relação à crescente tendência de regulação da matéria da prova no Direito inglês, Fernanda Regina Vilares alerta para alguns fatores, como o incremento da criminalidade, o desenvolvimento das tecnologias e a necessidade de disciplinar novos meios de produção de prova e meios de obtenção de provas (*A prova penal no Direito inglês*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 392).

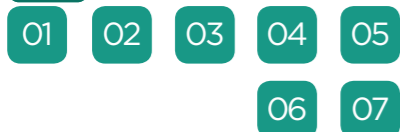
34 Spencer, John. *O Processo penal ...*, op. cit., p. 97.

35 Seabrooke, Stephen.; Sprack, John. *Criminal evidence and procedure: the essential framework*. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 3-4. Como assevera Antonio Magalhães Gomes Filho: "(...) na terminologia do processo, a palavra prova serve também para indicar cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina elemento de prova (*evidence*, em inglês)" (*Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal*. In: Yarshell, Flavio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307).

36 Taruffo, Michele. *La prova giuridica*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 341.

37 As *exclusionary rules*, assim como a "inadmissibilidade" ou "proibição de prova", constituem formulação em termos negativos, valoração prévia realizada pelo legislador. O objetivo central desta regra é "evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos" (Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 95).

38 Spencer, John. *O Sistema inglês*. In: Delmas-Marty, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 273.



A exclusão da *bad character evidence* tem como escopo inviabilizar o entendimento de que os fatos pregressos da vida do imputado possam servir para corroborar a incriminação. A alegação de que cometeu o delito em investigação, mediante afirmações demonstrativas de seu mau caráter, não se coaduna com o princípio da presunção de inocência.<sup>39</sup>

Por sua vez, a exclusão das provas obtidas ilegalmente constitui consagrada prática da *common law*, quando constatado que o valor prejudicial da prova excede o seu valor probatório. A seção 78, do *Police and Criminal Evidence Act* (1984), dispôs que o julgador pode rechaçar a prova se sua admissão significar violação à equidade processual.

Impõe sublinhar que nas últimas décadas numerosos *Acts* do Parlamento inglês passaram a tratar com maior cuidado os temas relativos ao *Law of evidence*. Em especial, a promulgação do *Police and Criminal Evidence Act* (1984) estabeleceu um regime detalhado para a fase de investigação na Inglaterra – documento sensivelmente voltado à defesa dos Direitos Humanos.<sup>40</sup> Por sua vez, o *Human Rights Act* de 1998, efetivamente incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos no plano interno, com a previsão de princípios hoje aplicados com base na Convenção, que antes eram fruto tão somente de construção jurisprudencial.

### 3.2. A busca e apreensão no ordenamento inglês

O *Police and Criminal Evidence Act* (PACE), de 1984<sup>41</sup>, disciplina três modalidades de buscas: *em locais determinados, pessoas ou veículos e pessoais íntimas*. As apreensões ocorrem principalmente no decurso do inquérito e devem ser executadas em caso de urgência ou de perigo de demora.

O Direito inglês não diferencia a busca e a revista, enquanto meios específicos de obtenção da prova. Idêntica expressão (*searches*) é empregada indistintamente para designar a procura de fontes de prova em lugares e pessoas. As revistas e buscas prestam-se à finalidade de permitir que a polícia tenha conhecimento de objetos ou instrumentos passíveis de servir à apuração dos fatos em investigação.

Por sua vez, a noção de apreensão (*seizure*) designa tanto a retenção da generalidade de objetos com alguma ligação ao crime, como a apreensão cautelar urgente que, a não se verificar, provavelmente inviabilizaria a prova.<sup>42</sup>

A seção 1, do PACE (1984), atribuiu à polícia o poder geral de busca e revista, com base em *fundada suspeita*<sup>43</sup> de bens ilegais carregados por pessoa ou transportados em veículo, bem como na hipótese da prisão de suspeito durante

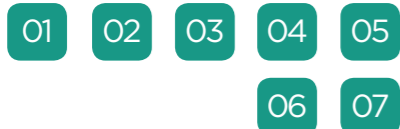
39 Advirta-se que as regras da *hearsay evidence* e *bad character evidence* possuem um complexo conjunto de exceções que têm limitado cada vez mais a sua abrangência.

40 Para Richard Vogler, trata-se do diploma “más detallado y orientado sobre la base de los derechos humanos que cualquier otro en Europa o en otro lugar” (Últimas Tendencias Probatorias en Inglaterra. In: Colomer, Juan Luis Gómez (coord.). Prueba y Proceso Penal. Madrid: Tirant lo Blanch, 2008, p. 412).

41 Nas seguintes referências, o presente *Act* será designado apenas PACE (1984).

42 Segundo o PACE (*Code B*, seção 7.2), o oficial que está no exercício de poder legal para a apreensão, ou mediante o consentimento do ocupante, pode apreender: tudo que estiver indicado no mandado; aquilo que o funcionário tem motivos razoáveis para acreditar que é uma evidência de um crime ou que tenha sido obtido em decorrência da prática de um delito, mas somente se necessária a apreensão para impedir que os itens sejam escondidos, perdidos, alienados, alterados, danificados, destruídos ou adulterados; reter bens para exame a ser realizado em outro lugar.

43 O PACE (*Code A*) apresenta sinteticamente alguns indicativos do que pode constituir *reasonable suspicion*: “Deve haver uma base objetiva para essa suspeita com base em fatos, informações e/ou inteligência, que são relevantes para a probabilidade de encontrar um artigo de determinada



tempo razoável para busca. Os meios utilizados pela autoridade para encontrar a *res* são superficiais (vasculhar bolsos, mochilas, etc...), desautorizada a busca íntima realizada pelo policial.<sup>44</sup>

O *Code of Practice* da polícia não estabeleceu parâmetros concretos de atuação do agente, situação que permite certa discricionariedade. As diretrizes para a realização do *stop and search*, no mais das vezes se baseiam em critérios informais do próprio policial, como condenações anteriores que sejam de seu conhecimento; a manutenção da ordem e da autoridade policial, e a suspeita geral (estar no lugar errado na hora errada).<sup>45</sup>

O policial pode exercer operações de busca, revista de pessoas e veículos em qualquer lugar onde o público tenha acesso, assim como em outro qualquer lugar a que as pessoas tenham imediato acesso no momento da intervenção policial, exceto quando sirva de habitação. Para tanto, devem estar presentes razoáveis fundamentos para suspeitar que será possível encontrar objetos furtados, roubados ou proibidos.

Se uma pessoa se encontra no jardim de uma moradia ou qualquer outro espaço ocupado como habitação, o funcionário de polícia não pode sujeitá-la a revista ou busca no exercício dos poderes conferidos, a menos que exista fundada suspeita que a pessoa não resida nesse local, ou que se encontre na habitação sem o consentimento expresso ou presumido do morador.<sup>46</sup>

A busca em local determinado impõe a expedição de mandado, pelo juiz de paz, que autorize o policial a realizar a diligência. Segundo o capítulo 1, seção I, do PACE (1984), é possível que a polícia efetue busca em domicílios, sem mandado, nos casos em que presente o consentimento do proprietário, ou para recapturar fugitivo, ou evitar situações de perigo ou crime.

Compete ao juiz de paz (*judge of the peace*) emitir mandados de busca e apreensão em residências, quando existentes reais possibilidades de êxito da realização da prova pela polícia. Em função do requerimento da polícia, o juiz de paz deve considerar verossímeis as razões que indiquem a prática de crime passível de prisão e a possibilidade de localização de materiais de substancial valor para a investigação.

Nos locais não acessíveis ao público (sobretudo na residência), o juiz de paz expedirá o competente mandado, a requerimento da polícia, se houver demonstração da prática de uma *“arrestable offence”*<sup>47</sup>, bem como de razões para concluir sobre a existência de objetos ou materiais com valor para a prova que não se encontrem abrangidos por

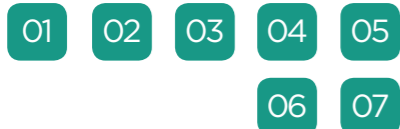
espécie ou, no caso de pesquisas sob a seção 43 da Lei de Terrorismo de 2000, probabilidade de que a pessoa seja um terrorista. Suspeita razoável nunca pode estar baseada em fatores pessoais. Deve contar com o serviço de inteligência ou informações, ou um comportamento específico da pessoa em causa.” Não se pode ignorar a dificuldade prática de delimitar a expressão e os possíveis abusos decorrentes de sua indeterminação (Davies, Malcom; Croall, Hazel; Tyrer, Jane. *Criminal Justice*. London: Longman, 1995, pp. 102-103).

44 A seção 1, do PACE (1984), dispõe sobre a viabilidade da realização de revistas pessoais e buscas em veículos sem precedência de mandado, quando observada possível guarda ou ocultação de objetos furtados, roubados ou quaisquer outros que sejam proibidos.

45 Uglow, Steve. *Criminal Justice*. London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 75.

46 Iguamente, em um jardim ou qualquer outro espaço ocupado como habitação, o agente não poderá realizar a busca no veículo a menos que exista fundada suspeita de que o possuidor ali não resida e não haja consentimento expresso ou presumido do morador.

47 Crimes a que corresponde pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos e outros de uma extensa lista, entre os quais os crimes sexuais, crimes contra os fundamentos da vida em sociedade e contra o patrimônio.



um “*legal privilege*” (v.g., materiais ou documentos abrangidos pelo segredo profissional, como os do advogado, em relação ao seu cliente).

Também não podem ser coletados os registros pessoais adquiridos ou criados no curso de contrato, negócio, ocupação profissional ou para o propósito de trabalho remunerado ou sigiloso (como é o caso dos registros médicos); tecidos humanos ou fluidos corporais retirados para diagnóstico ou tratamento médico e que a pessoa mantenha em confidência, além de material jornalístico confidencial (documentos ou outras gravações).

De acordo com a Seção 19, do PACE, o funcionário de polícia deverá apreender qualquer objeto que se encontre na residência, quando fundadas razões indiquem tratar-se de produto do crime; necessária a medida para prevenir que o objeto desapareça ou seja perdido, danificado, alterado ou destruído.

A busca em quaisquer locais públicos e a revista pessoal poderão ocorrer imediatamente após a captura, dispensado o mandado judicial quando possível supor a ocultação de objetos relacionados à prática criminosa, que possam desaparecer ou facilitar a subtração do suspeito aos posteriores atos processuais.

A polícia poderá, também, apreender informação contida em computadores sempre que haja a convicção de tratar-se de prova criminal, necessária a medida para acautelar o seu desaparecimento, perda, bloqueio ou destruição. Os objetos e substâncias apreendidos devem ser inventariados no respectivo auto, emitido recibo a quem os possuía.<sup>48</sup>

Salvo quando voluntárias, as buscas devem ser gravadas e o material há que permanecer disponível para o suspeito, garantido seu direito à identificação do policial, da delegacia de polícia, do objeto procurado e do fundamento legal da medida.<sup>49</sup>

A legislação processual penal inglesa admite genericamente (seção 68 do PACE), a apreensão de quaisquer provas constantes de registros documentais. A polícia atua por iniciativa própria na procura e apreensão de objetos, instrumentos e documentos que, relacionados ao crime, possam servir como fonte de prova. Previsão que autoriza concluir possível a apreensão de correspondência como subsídio ao conhecimento dos fatos apurados.

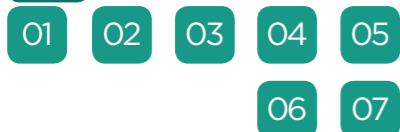
Ademais, a seção 1 (6) do PACE (1984) faculta a apreensão de “*artigos proibidos*”, como os “*feitos ou adaptados para utilização no crime ou em conexão com o mesmo*”, a permitir a inclusão da correspondência desde que haja qualquer conexão com o ilícito.

Admitida a busca em qualquer local de acesso público, a correspondência, eventualmente, poderá ser apreendida nesses lugares. Mas o procedimento é distinto em lugares inacessíveis ao público e em residências, que exigem prévia autorização judicial.<sup>50</sup>

48 As disposições constam na seção 20 do PACE (1984) e na seção 66 do *Serious Organised Crime and Police Act 2005*.

49 “(1) O funcionário de polícia que apreenda qualquer coisa no exercício das competências conferidas por disposição legal, incluindo disposições legais anteriores à presente lei, deve, a requerimento de pessoa: (a) que seja ocupante das instalações onde se verificou a apreensão; ou (b) que tenha a posse ou o controle dos objetos imediatamente antes da apreensão, fornecer a essa pessoa documento onde se tenha registrado o que foi apreendido.” (capítulo 60, seção 21 do PACE).

50 Conforme assevera CARLOS ALBERTO SIMÕES DE ALMEIDA, o *Police and Criminal Evidence Act* “ao deferir ao ‘juiz de paz’ competências em matéria de emissão de mandados de busca e apreensão em edifícios, pressupõe a sua convicção de que, nos locais objeto da busca, venham a ser encontrados materiais com substancial valor para a investigação, sendo de incluir na vasta amplitude do conceito também os elementos de



O PACE (1984) autoriza *buscas pessoais íntimas* e também de amostras de sangue, sêmen ou saliva de um suspeito. A busca íntima exige autorização do superintendente de polícia, que deve ter razoável grau de convicção acerca da ocultação de arma ou drogas. Apenas médicos ou enfermeiras qualificados estão autorizados a efetivar esta modalidade de busca pessoal.

O *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 permite, contudo, exceções ao padrão mínimo de fundadas suspeitas, sempre que oficiais superiores de polícia acreditem haver incidentes envolvendo séria violência ou terrorismo.<sup>51</sup> Esses poderes perduram por vinte e quatro horas, mas podem ser estendidos se crescentes os níveis de violência. Há que advertir, também aqui, que a referida prática gera preocupação, em relação aos riscos de perseguição de certos grupos e minorias étnicas.<sup>52</sup>

Por fim, sobre a possível natureza reparatória da apreensão para a vítima (quando as coisas consistirem no produto do crime investigado), cabe assinalar que, tradicionalmente, no sistema inglês a vítima não dispõe de oportunidades para uma participação ativa no processo. Aliás, o órgão público acusador (*Crown Prosecutor Service*) pode abandonar a ação ou propor a solução por meio do *plea-bargain*, sem que a vítima tenha qualquer participação.<sup>53</sup>

Antes de 1972, à vítima não era conferido sequer o direito a indenização, indispensável sua postulação na esfera civil. A alteração desse sistema atribuiu ao tribunal penal a possibilidade de conceder reparação à vítima, que não dispõe da prerrogativa para solicitá-la, e só poderá obtê-la na medida em que tiver concedido tal direito.<sup>54</sup>

Gradualmente o papel da vítima passa a ocupar o cenário processual penal do Direito inglês, especialmente em razão do Code of Practice for Victims of Crime (2006), que elenca certos direitos para as vítimas, v.g., o de ser informada com antecedência sobre o oferecimento da ação penal. No entanto, o referido diploma não lhe confere poderes específicos para requerer buscas e apreensões.

## 4. Disciplina italiana

### 4.1. Notas gerais sobre o sistema probatório italiano

Inspirado na Constituição Italiana de 1988, de índole democrática, o Código de Processo Penal de 1988, rompendo com a tradição anterior do “Codice Rocco”, de estrutura inquisitiva, instaurou sistema eminentemente acusatório.<sup>55</sup>

prova documental e, por consequência, a correspondência” (*Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 211).

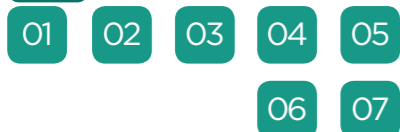
51 Em 2000, o *Terrorism Act* também excepcionou a necessidade de suspeita razoável de que a pessoa esteja na posse de um determinado objeto (drogas, armas, coisas roubadas). Segundo a seção 44 do *Terrorism Act*, um oficial ‘senior’ pode autorizar que em determinada região da cidade, pedestres ou veículos sejam parados sem a presença de uma suspeita razoável. A finalidade do dispositivo é permitir a denominada ‘*intuitive search*’ em busca de itens relacionados ao terrorismo.

52 Davies, Malcom; Croall, Hazel; Tyrer, Jane. *Criminal Justice ...*, op. cit., p. 103.

53 Spencer, John. *O Processo ...*, op. cit., p. 96.

54 O *Home Office* publicou documento denominado *Victim’s Charter*, que recomenda à Justiça Penal uma atuação mais atenta com a situação da vítima. Por enquanto esta regulamentação ainda não assegurou a real participação da vítima (Spencer, John. *O Processo ...*, op. cit., p. 97). A “carta das vítimas” pode ser consultada em <http://www.gm-probation.org.uk/files/victims-charter2835.pdf> (acesso em 25.05.2013).

55 Tonini, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 15-18.



O atual sistema consagra diversas garantias: devido processo legal, legalidade, juiz natural, igualdade, contraditório, defesa, motivação dos provimentos judiciais, duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo e presunção de inocência (artigos 3º, 24, 25, 27 e 111 da Constituição Italiana).<sup>56</sup>

No sistema probatório italiano duas fases se distinguem: a de *investigações preliminares e a processual*.

Na primeira etapa, disciplinada pelo Livro 5º do Código, busca-se a obtenção de elementos de informação e fontes de prova visando à constituição da *opinio delicti* do Ministério Público, órgão a que cabe, auxiliado pela polícia judiciária, dirigir as investigações preliminares.

À defesa, além da intervenção nesta etapa, também é facultada a realização de investigação própria (art. 327-*bis*).

As investigações preliminares são realizadas sob o olhar atento do Juízo das Investigações Preliminares (“Giudice per le indagini preliminari”), a quem compete dar concretude às garantias processuais, controlar a duração de investigação e autorizar a produção antecipada de provas.<sup>57</sup>

Finda essa primeira fase, cabe ao Ministério Público, não se convencendo da existência do crime e/ou de indícios suficientes de autoria, requerer o arquivamento do feito. Do contrário, postular a deflagração da ação penal (art. 405 e seguintes).

A fase processual é constituída de duas audiências: a audiência preliminar (etapa intermediária) e *audiência de julgamento*, na qual são produzidas as provas (fase de *dibattimento*).

Na primeira solenidade<sup>58</sup>, da qual participam acusação e defesa, há o juízo de admissibilidade da acusação, podendo o juiz prolatar “sentenza di non luogo a procedere” ou “decreto che dispone il giudizio”, sendo-lhe ainda facultada a determinação de realização de diligências complementares (art. 429).

No primeiro caso, a acusação não é admitida (art. 425), como, por exemplo, ocorre quando o fato não constitui crime, por haver prova da inexistência do fato ou de que o imputado não o cometeu.

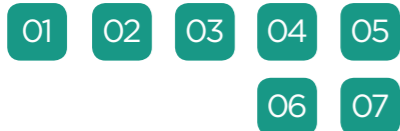
A segunda decisão admite a acusação, determinando a realização de audiência de julgamento, oportunidade em que as provas são produzidas sob a égide do contraditório (havendo, quanto à prova oral, exame cruzado), seguidas dos debates entre as partes e do julgamento de mérito da causa (art. 468 e ss.).

A lei processual italiana diferencia também os “meios de prova” (“mezzi di prova”) dos “meios de obtenção de prova” (“mezzi di ricerca della prova”).

56 Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no código de processo penal italiano*. In: Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanóide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 222-223.

57 Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina ...*, op. cit., p. 224.

58 Bentivoglio, Antônio Tomás; Buono, Carlos Eduardo de Athayde. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 69-71.



Os primeiros referem-se aos procedimentos previstos para o ingresso de um elemento de prova no processo.<sup>59</sup> Os últimos, também denominados *meios de pesquisa* ou *investigação da prova*<sup>60</sup> são instrumentos que visam ao conhecimento das fontes de prova, entendidas estas como “os elementos probatórios que existem no processo e com independência deste”.<sup>61</sup>

O “Codice di Procedura Penale” tipifica como meios de prova a *prova testemunhal, a oitiva das partes, as acareações, os reconhecimentos, as reconstituições judiciais, a perícia e a prova documental* (artigos 194 a 243). Os meios de obtenção de prova, a seu turno, são as *inspeções, buscas, sequestros e interceptações de conversações ou comunicações* (artigos 244 a 271).

Passemos, pois, a tratar especificamente da busca e apreensão, objeto de nosso estudo.

#### 4.2. A busca e apreensão no ordenamento italiano

A busca, disciplinada nos artigos 247 a 252, visa à apreensão de coisas relacionadas ao crime ou à prisão do acusado ou foragido.<sup>62</sup>

Cuidando-se de instituto que incide diretamente sobre os direitos constitucionalmente garantidos de liberdade, intimidade, propriedade e inviolabilidade do domicílio, sua regulamentação possui inegável índole garantista.<sup>63</sup>

Exige, tanto a busca pessoal como a de lugar, inclusive a domiciliar, decisão motivada (art. 247, 2), sempre estribada nos requisitos de necessidade e urgência.<sup>64</sup> Em outras palavras, na lição de CORDERO, citado por ANIELLO NAPPI, pressuposto da busca é a existência de uma suspeita plausível.<sup>65</sup>

No curso das investigações preliminares, é determinada pelo representante do Ministério Público (artigos 247, inciso 3, e 370, inciso I, do Código de Processo Penal).<sup>66</sup>

A busca pessoal é autorizada quando há fundados motivos para se considerar alguém oculta sob seu poder o corpo de delito ou objetos relacionados ao crime, seja o acusado ou pessoa diversa.<sup>67</sup>

A de lugar é realizada quando existem fundados motivos para se reputar que tais objetos se encontram em um determinado local ou que neste possa ser executada a prisão do réu ou do foragido (art. 247).

59 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, op. cit., p. 36.

60 Gomes Filho, Magalhães. *Notas sobre...*, op. cit., p. 309.

61 Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 165-166.

62 Leone, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, p. 226.

63 Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5a ed. Padova: CEDAM, pp. 356-357.

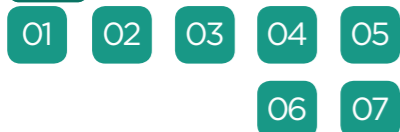
64 Dalla, Andrea Antonio; Ferraioli, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 7a ed. Padova: CEDAM, 2010, p. 426.

65 *Codici di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Atti e Prove*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 730.

66 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., pp. 245-246.

67 Leone, Giovanni. *Tratado ...*, op. cit., p. 226.





A autoridade judiciária pode proceder pessoalmente à busca ou dispor que o ato seja feito pela autoridade policial (art. 247, § 3º).<sup>68</sup>

O artigo 248 prevê procedimento simplificado quando se almeja coisa certa, hipótese em que seu detentor pode ser convidado a apresentá-la. Apresentado o objeto, não se procede à busca, salvo se for útil à completude da investigação, como, por exemplo, quando necessário conhecer o local em que o bem estava.<sup>69</sup>

Para localizar as coisas sujeitas a apreensão ou para verificar outras circunstâncias úteis aos fins da investigação, a autoridade judiciária (lembre-se: igualmente o Ministério Público no curso das investigações preliminares) ou policial pela primeira delegada podem examinar apontamentos, documentos e correspondências junto aos bancos. Em caso de recusa, a autoridade procederá à busca.<sup>70</sup>

Antes de ser realizada a busca pessoal, uma cópia da decisão respectiva é entregue ao interessado, com a observância de que lhe é facultado ser acompanhado por pessoa de sua confiança, desde que seja prontamente encontrada e idônea. A busca deve ser realizada respeitando-se a dignidade da pessoa a ela submetida e, dentro do possível, de seu pudor (art. 249).

Ao se iniciar a busca em um lugar, igualmente cópia da decisão respectiva é entregue ao imputado, se presente, e a quem possui a atual disponibilidade do lugar, com a observância retro referida (art. 250). Na falta da pessoa responsável pelo lugar, a cópia da decisão é entregue a um parente, habitante do lugar ou a um conhecido; na ausência destes, ao porteiro ou a quem exerça sua função.

Ressalte-se que se presente no momento da busca, o investigado será indagado se está assistido por defensor; negativa a resposta, será nomeado em seu favor advogado dativo (art. 365).<sup>71</sup>

A autoridade judiciária, ao proceder à busca em determinado lugar, pode dispor que seja também realizada nas pessoas presentes ou que ali acorrerem durante a operação, quando considerar que elas possam ocultar o corpo de delito ou coisas pertinentes ao crime. Pode também determinar motivadamente que ninguém deixe o lugar antes de concluído o procedimento, sob pena de detenção ou recondução coercitiva (art. 250).

Salvo caso de urgência, a busca domiciliar não pode ser iniciada antes das sete ou depois das vinte horas (art. 251).

Observe-se que domicílio, na letra da lei, cuida-se de “habitação ou locais fechados adjacentes a esta” (art. 251, § 1º).

À polícia, no curso das investigações preliminares, é facultada a realização de busca (seja pessoal ou de lugar), independentemente de prévia decisão da autoridade competente, em caso de flagrante ou fuga (art. 352), hipóteses em que, finda a operação, deverá comunicar com cópia do termo respectivo o Ministério Público do local de execução do procedimento, a quem cabe convalidá-la (se legal) em quarenta e oito horas.<sup>72</sup>

68 O mesmo fazendo o Ministério Público no curso das investigações preliminares.

69 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., p. 245.

70 Bentivoglio e Buono sublinham que, no sistema italiano, o Ministério Público, contra a vontade dos bancos, pode realizar a busca (*A reforma ...*, op. cit., p. 133).

71 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., p. 246.

72 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., p. 246.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



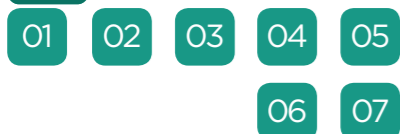
APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

O art. 247.1-*bis*, inserido no Código pela Legge 18 marzo 2008, n. 48, autoriza as buscas em sistemas informáticos ou telemáticos, ainda que protegidos por medidas de segurança, determinando-se que sejam adotadas as medidas técnicas tendentes a conservar os dados originais.<sup>73</sup>

Finalmente, as coisas encontradas na busca serão apreendidas (art. 252).

### 5. Considerações Finais

O estudo das buscas e apreensões nos ordenamentos jurídicos estrangeiros foi precedido de breve exposição sobre o respectivo sistema probatório, com vistas a evidenciar as características peculiares do instituto nos contextos jurídicos analisados. Como se pode depreender deste exame, tais sistemas substancialmente inclinam-se favoravelmente à diferenciação das medidas de *busca* e de *apreensão*.

É certo que a classificação da medida, como já asseverava SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO, suscita a adoção de inúmeras terminologias pela doutrina, tais como “medidas probatórias cautelares, diligências cautelares, providências cautelares, para garantir a produção de provas; e providência cautelar de busca e apreensão”.<sup>74</sup> No entanto, a precisão terminológica esperada na identificação das providências não pode prescindir da separação dos conceitos.

Ambas as medidas pressupõe restrições a direitos individuais – inviolabilidade do domicílio e da pessoa física no caso da busca, e limitação do poder de deter as coisas e de reter pessoas no caso da apreensão. Sobre este caráter restritivo da providência, de maneira geral os esforços do legislador e do intérprete do Direito concentram-se, pois, respectivamente, na busca por estrita normatização da cautela, com o fito de evitar subjetivismos, bem como na estrita cognição. Tudo isto, sem perder de vista que o risco representado pelo processo incumbe majoritariamente ao Estado; tratando-se de desproporção intervir nos direitos individuais antes de criteriosa análise da necessidade e conveniência da medida.

### Bibliografia

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no código de processo penal italiano*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BENTIVOGLIO, Antônio Tomás; BUONO, Carlos Eduardo de Athayde. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRENTEL, Camilla. *A disciplina da prova no processo penal argentino*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>73</sup> Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova ...*, op. cit., p. 238.

<sup>74</sup> *Do sequestro ...*, op. cit., p. 81.

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05  
06 07

 CONTO

CAFFERATA NORES, José Ignacio; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba em el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y le la Prov. de Córdoba*. 6ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.

CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5ª ed. Padova: CEDAM.

DALLA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 2010.

DAVIES, Malcom; CROALL, Hazel; TYRER, Jane. *Criminal Justice*. London: Longman, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_, *Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no Processo Penal*. São Paulo, RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. *O “Modelo Garantista” de Luigi Ferrajoli*. *Boletim IBCCRIM*, n. 58, 1997.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto (orgs.). *Codici di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Atti e Prove*. Milão: Giuffrè, 1997.

LEITE, Larissa. *Medidas Patrimoniais de Urgência no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

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

PITOMBO, SÉRGIO. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Trad. Alessandro Baratta. Milano: Guffrè, 1962.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.

SEABROOKE, Stephen; SPRACK, John. *Criminal evidence and procedure: the essential framework*. New York: Oxford University Press, 1996.

SIMÕES DE ALMEIDA, Carlos Alberto. *Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

SPENCER, John. *O Processo Penal na Inglaterra*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Sistema inglês*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prova giuridica*. Milano: Giuffrè, 1992.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

UGLOW, Steve. *Criminal Justice*. London: Sweet & Maxwell, 1995.

VILARES, Fernanda Regina. *A prova penal no Direito inglês*. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VOGLER, Richard. *Últimas Tendencias Probatorias en Inglaterra*. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord.). *Prueba y Proceso Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2008.