

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Daiane Cristina Tomael Popolim

**A LEGALIDADE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
DOMICILIAR PELA POLÍCIA MILITAR**

**ITUVERAVA
2017**

DAIANE CRISTINA TOMAEL POPOLIM

**A LEGALIDADE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
DOMICILIAR PELA POLÍCIA MILITAR**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Profº Christopher Ravagnani

**ITUVERAVA
2017**

DAIANE CRISTINA TOMAEL POPOLIM

**A LEGALIDADE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
DOMICILIAR PELA POLÍCIA MILITAR**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Ituverava, 9 de novembro de 2017.

Orientador: _____

Prof^o Christopher Ravagnani

Examinadora: _____

Prof^a Sofia Muniz Alves Gracioli

Examinadora: _____

Prof^a Ana Paula Bagaiolo Moraes

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais Luís Henrique e Márcia, com todo meu amor e gratidão, por tudo que fizeram por mim ao longo de minha vida. Desejo poder ter sido merecedora do esforço dedicado por vocês em todos os aspectos, especialmente quanto a minha formação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família e a Deus por não me deixarem desistir de tudo. Aos meus amigos pela força de continuar.

Aos meus professores, principalmente ao meu orientador, que me ajudou bastante na realização do trabalho.

Agradeço a todos aqueles que me ajudaram direta e indiretamente a concluir este trabalho, e que em nenhum momento desistiram de mim.

“A persistência é o caminho do êxito”.

Charles Chaplin

RESUMO

O mandado de busca e apreensão é utilizado como meio de investigação, com o intuito de descobrir um crime que tenha ocorrido, sendo este realizado pelos agentes do Estado, no caso pela polícia. Atualmente, discute-se se é atribuição da Polícia Militar o cumprimento do mandado de busca e apreensão. A busca e apreensão domiciliar só podem ser realizadas por determinação judicial, no período diurno ou com o consentimento do morador, pois a casa é asilo inviolável do indivíduo. A mesma também pode ser adentrada, não independe de período, em caso de pedido de socorro, em flagrante delito ou desastre. Diante da discussão sobre o cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar, tanto a jurisprudência como a doutrina garantem e conferem a Polícia Militar à realização deste, como ato constitucional, legal e válido, sem que ocorra qualquer ferimento aos §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal. O objetivo do presente trabalho é investigar se há legalidade do cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, com suporte referencial teórico, bem como a utilização da jurisprudência e doutrina.

Palavras-chave: Busca. Apreensão. Inviolabilidade de domicílio. Polícia Militar. Mandado Judicial.

SUMMARY

The search and seizure warrant is used as a means of investigation, in order to discover a crime that has occurred, which is carried out by state agents, in the case by the police. At the present time, it should be discussed whether it is the assignment of the Military Police to comply with the warrant for search and seizure. The search and seizure can only be carried out by judicial determination, in the daytime period or with the consent of the resident, because the house is inviolable asylum of the individual. It can also be entered, not independent of period, in case of request for help, in flagrante delicto or disaster. In the face of the discussion on the fulfillment of the search warrant and seizure carried out by the Military Police, both the jurisprudence and the doctrine guarantee and confer the Military Police on the accomplishment of this warrant, as a constitutional, legal and valid act, without any injury to § 4 and 5 of art. 144 of the Federal Constitution. The objective of this work is to investigate if there is legality of the fulfillment of search warrant and seizure carried out by the Military Police. The methodology used was the bibliographical research, with theoretical support, as well as the use of jurisprudence and doctrine.

Keywords: Search. Seizure. Inviolability of domicile. Military police. Judicial order.

LISTA DE FLUXOGRAMAS

Fluxograma 1: Estrutura hierárquica dos Oficiais de Polícia.....	24
Fluxograma 2: Estrutura hierárquica dos praças especiais de polícia.....	24
Fluxograma 3: Estrutura hierárquica dos praças de polícia.	25

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.....	12
1.1 Conceito	12
1.2 Natureza jurídica	13
1.3 Momentos para sua realização	15
1.4 Requisitos do mandado de busca e apreensão.....	16
2 DA POLÍCIA	18
2.1 História da Polícia no Brasil	19
2.2 Atividades da Polícia Militar e da Civil.....	21
2.3 Estrutura da Polícia Militar.....	23
3 BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR	27
3.1 Inviolabilidade de domicílio.....	27
3.2 Legalidade da medida	29
3.4 Consentimento do morador	31
4. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA SOBRE O CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO REALIZADO PELA POLÍCIA MILITAR.....	33
4.1 JURISPRUDÊNCIA	33
4.2 DOUTRINA.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

O mandado de busca e apreensão é utilizado como meio de investigação, com o intuito de descobrir um crime que tenha ocorrido, este é realizado pelos agentes do Estado, no caso pela polícia. Entende-se por busca, o ato de procurar, investigar, revistar alguém ou algum lugar, que seja suspeito de ter cometido algum crime ou de algum crime ter sido cometido ali. Já a apreensão é quando a Polícia apreende ou guarda algum objeto ou papel, que possa vir a ser utilizado como prova em um processo, para que não ocorra o desaparecimento do mesmo.

A busca e a apreensão possuem natureza jurídica pautada em alguns momentos como meio de prova e em outros como instrumentos para sua obtenção. Assim, como meio de prova, é autorizada por um juiz, para que seja realizada uma diligência ou uma perícia em determinado domicílio.

A polícia é entendida como o órgão estatal que visa manter o controle da sociedade, buscando prevenir a ocorrência de infrações penais. Esta pode ser dividida em Polícia Civil, que realiza função de polícia judiciária e em Polícia Militar, que é a polícia administrativa.

A História da Polícia no Brasil teve início quando Dom João VI criou o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte, com o intuito de tentar manter a ordem pública na época. Esta passou por diversas transformações até chegar a Polícia que conhecemos hoje. E a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, determinou que a segurança pública fosse dever do Estado.

Sobre as atividades policiais, compreende-se que a polícia tem o dever de proteger toda a sociedade, buscando garantir a ordem pública, combatendo e prevenindo a criminalidade.

A Polícia Militar deve atuar de maneira preventiva, poderá também realizar função investigatória, com a finalidade de solucionar delitos, através de um policiamento ostensivo. Já para a Polícia Civil, cabe a missão de exercer função de polícia judiciária no âmbito estadual, apurando infrações penais e a autoria destas.

Com relação ao mandado de busca e apreensão, entende-se estes como meio de prova, assim, utiliza-se dos mesmos para verificar se os objetos ou papeis apreendidos podem realmente ser utilizados como prova. Bem como, utiliza-se destes, para prender criminosos, prender coisas, instrumentos e objetos de falsificação, descobrir objetos úteis para ser utilizado em processos judiciais, apreender pessoas vítimas de crimes, entre tantos outros.

Diante disto, é importante salientar sobre a inviolabilidade de domicílio, pois como trata o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a casa é asilo inviolável do indivíduo e ninguém pode adentrar a mesma sem que haja consentimento do morador, exceto nos casos de

cumprimento de mandado de busca e apreensão conferido por determinação judicial, realizado somente no período diurno. Já nos casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, a casa pode ser adentrada em qualquer período. Já quando o morador dá o seu consentimento, o seu domicílio pode ser adentrado em qualquer momento, não importando se é dia ou noite.

Assim, tanto a jurisprudência como a doutrina garantem que o cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado por parte da Polícia Militar é constitucional, legal e válido, conferindo a Polícia Militar à realização deste, sem que haja qualquer ferimento aos §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal.

Atualmente, discuti-se se é atribuição da Polícia Militar o cumprimento do mandado de busca e apreensão.

O objetivo do presente trabalho é investigar se há legalidade do cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, com suporte referencial teórico, bem como a utilização da jurisprudência e doutrina.

Diante disto, o primeiro capítulo traz o mandado de busca e apreensão, explicando a sua natureza jurídica e também os momentos para a realização do mesmo.

O segundo capítulo trata sobre a polícia, da sua divisão em polícia civil e polícia militar.

O terceiro capítulo faz menção a busca e apreensão domiciliar, abordando a inviolabilidade do domicílio e o consentimento do morador.

O quarto capítulo aborda a jurisprudência e a doutrina, trazendo o entendimento que estas possuem sobre o cumprimento de mandado de busca e apreensão poder ser realizado pela Polícia Militar.

1 DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

1.1 Conceito

Do ponto de vista etimológico, a palavra busca, do verbo buscar, significa “s.f. 1. Ação de. 2. Procura. 3. Investigação; pesquisa. 4. Exame; revista. 5. Batida policial (LUFT, 1995, p. 99).

Dessa forma, a palavra busca possui significado de procura, de investigação para encontrar pessoa ou coisa.

Para Pitombo, etimologicamente:

A palavra busca, do verbo buscar, possui origem obscura. Afirma-se que o vocábulo é próprio do espanhol e do português. Há, porém, quem afirme ser originário do francês busq, verbo de caça; ou do latim poscere, pedir, demandar, chamar, ou, ainda, do italiano buscare, fazer diligência para achar alguma coisa, servindo-se das mãos. O termo busca significa, ainda, pesquisa, procura, exame, revista, investigação esquadrinha. E buscar é “mover-se de um lado para outro para tentar descobrir, alguém ou alguma coisa; procurar, esforçar-se por achar [...] ir a um lugar para trazer de lá alguém ou alguma coisa [...] examinar detidamente, revisar, pesquisar e passar busca (PITOMBO, 1999, p. 92-94).

Assim, não se sabe ao certo qual a origem da palavra busca, mas compreende-se que o termo busca possui como significado a pesquisa, procura revista, de algo ou de alguma coisa, também pode ser entendida como o ato de fazer diligência para achar alguma coisa.

Já Nucci (2009, p. 130) afirma que a busca é “o movimento desencadeado, como regra, pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas e lugares”.

Logo, é através da realização da busca, que se torna possível revistar e procurar uma pessoa ou uma coisa, que seja de relevância para algum processo.

De acordo com Pitombo,

A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), 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, coisas (objetos, papéis, e documentos) bem como de vestígios (rastros sinais e pistas) da infração (PITOMBO, 1999, p. 96).

Portanto, a busca é um procedimento penal, que consiste na procura ou na revista, com o objetivo de verificar ou de localizar pessoa ou coisa que estejam envolvidas com qualquer infração praticada por alguém.

Para Tourinho Filho, a palavra apreensão:

É uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é ato meio) e ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória) (TOURINHO FILHO, 2008, p. 378).

Logo, a palavra apreensão pode ser entendida como uma medida, para se garantir que algo ou alguma coisa seja presa ou apreendida, com o intuito de assegurar que estes estejam intactos para a investigação.

Segundo Pitombo, a palavra apreensão significa o:

Aposseamento, remoção e guarda de coisas (objetos, papéis ou documentos) de semoventes e de pessoas, tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo (PITOMBO, 1999, p. 192).

Desse modo, entende-se que a apreensão tem por intuito a remoção, seja esta de pessoas, de objetos, entre outros, mantendo estes em custódia, enquanto estes foram importantes para o processo.

Já Tornaghi (1995, p. 470 - 471), apreensão “é o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa da esfera de quem a detém”. Assim, apreensão pode ser entendida como a retirada de pessoa ou coisa, por meio de autoridade competente, enquanto for relevante para o processo.

Em suma, a busca visa procurar, revistar, investigar algo, que seja relevante para a obtenção de provas. Já a apreensão, possui natureza cautelar, possui o intuito de proteger o produto da prova. Logo, a busca é o ato meio e a apreensão é o ato fim da produção da prova.

1.2 Natureza jurídica

De acordo com Pitombo (1999), é difícil apontar a natureza jurídica da busca, devido a dois motivos, são eles: a unidade legislativa dos institutos e o dissenso classificatório. Desse modo, a busca em alguns momentos a medida pode ser considerada como meio de prova e em outros como instrumentos de sua obtenção.

Para Silva e Freitas (2012, p. 384), “a busca é o ato cuja finalidade é a localização de pessoa ou coisa”. Já a apreensão “é a captação ou captura de uma pessoa ou coisa”.

Logo, compreende-se que a busca é o ato de localizar pessoa ou coisa e a apreensão é a captura da pessoa ou da coisa, que seja objeto do processo.

Segundo Manzano (2013, p. 425-426) “busca é a diligência que se faz em determinado lugar, com o fim de aí encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura”. E a apreensão “é medida que se sucede à busca”.

Entende-se que a busca é procura, que se faz em um lugar específico com o intuito de encontrar pessoa ou coisa, que seja objeto ou parte de investigação e a apreensão, configura a retenção de pessoa ou coisa.

De acordo com Tornaghi:

A busca é caracterizada pelo ato preliminar da apreensão e consiste no procedimento cautelar determinado por autoridade competente destinado a pesquisar, a procurar pessoa ou coisa. Já a apreensão consiste na materialização da busca, representando o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa da esfera de quem a detém (TORNAGHI, 1995, p. 469).

Assim, a busca e a apreensão podem ser caracterizadas quando a autoridade competente realiza o apossamento da pessoa ou coisa e respectiva guarda por determinação da autoridade competente.

Sobre a busca, Nucci diz que:

A busca pode significar um meio de prova, quando se vincule à autorização conferida pelo juiz para a realização de uma diligência ou uma perícia em determinado domicílio. Pode simbolizar um meio assecuratório, quando se ligar ao ato preliminar de apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima (NUCCI, 2015, p. 130).

Portanto, do ponto de vista da natureza jurídica, a busca é um meio de prova, realizada perante autorização do juiz, com o intuito de que seja feita uma perícia no domicílio em questão.

Segundo Nucci, sobre a apreensão:

É basicamente, medida assecuratória, que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos. Eventualmente, tem a finalidade de atuar como meio de prova. Pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova (NUCCI, 2015. p.132).

Desse modo, a apreensão é a retirada de algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de garantir ou preservar o bem apreendido, para conferir que este não seja alterado ou destruído.

Nucci compreende que a busca e a apreensão possuem natureza jurídica mista. Assim, diz que:

Conforme o caso, a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de um produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio. A apreensão tem os mesmos ângulos. Pode

representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova. Assim, tanto a busca, quanto a apreensão, podem ser vistos, individualmente, como meios assecuratórios ou como meios de prova, ou ambos (NUCCI, 2008, p. 495).

Assim, a busca pode ser realizada tanto anterior a um ato de apreensão, como também um meio de prova, quando for realizada uma perícia. E a apreensão, pode ser por tomada de bem ou de posse de algo para fazer prova.

Para o Doutrinador Denilson Feitoza:

A busca e a apreensão têm dupla natureza jurídica: para a lei: meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva. Para a doutrina: também medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e de pessoas. Nessa linha, pode ser medida cautelar real ou pessoal, conforme o objeto da busca seja, respectivamente, coisa ou pessoa (FEITOZA, 2010, p. 801).

Em suma, a natureza jurídica da busca e apreensão é dupla, podendo tanto se manifestar como meio de prova, sendo acautelatória e coercitiva, como também medida acautelatória, para impedir o perecimento de coisas e de pessoas.

1.3 Momentos para sua realização

Com relação ao momento de realização para a busca, podendo ocorrer em momentos distintos. São eles, anterior ao inquérito policial, durante o inquérito policial, durante a ação penal e durante a execução. De acordo com Silva e Freitas (2012), estes podem ser explicados:

- **Antes da instauração do inquérito policial:** a autoridade policial, assim que toma conhecimento do crime, poderá solicitar mandado judicial de busca e apreensão, para obter as provas;
- **Durante o inquérito policial:** para alicerçar as investigações durante o seu andamento;
- **Durante a ação penal:** o juiz pode determinar a busca e apreensão de coisas que sejam relevantes para o convencimento judicial;
- **Durante a execução da pena:** com o intuito de esclarecer o crime cuja vítima estava desaparecida.

Vários podem ser os momentos para a realização da busca, podendo uma prova ser inserida em qualquer momento, que mesmo assim poderá ser utilizada.

De acordo com o art. 240, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, do Código de Processo Penal, sobre a busca:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior (BRASIL, 1941).

Desse modo, a busca domiciliar pode ser utilizada para prender criminosos, coisas criminosas ou suspeitas de terem sido utilizadas em algum crime, armas, entre outras coisas, que possam ter envolvimento com o crime praticado e que seja alvo da investigação.

1.4 Requisitos do mandado de busca e apreensão

O mandado de busca e apreensão somente poderá ser exercido se alguns requisitos forem levados em consideração. De acordo com Feitoza, são eles:

A busca poderá ser durante o dia ou no período da noite, em casos de flagrante delito, mesmo sem a permissão do morador e sem mandado judicial; poderá ocorrer também em qualquer período do dia quando houver consentimento do morador; poderá ainda ser realizada mediante mandado judicial, mas neste caso somente durante o dia e; por fim, quando procedido pessoalmente pela autoridade judicial, mas também, nesta ocasião, somente no período do dia (FEITOZA, 2010, p. 802).

Assim, devem-se levar em consideração estes requisitos para a realização e cumprimento do mandado de busca e apreensão. Visto que, o domicílio é asilo inviolável do indivíduo e somente nestes casos, diante dessas circunstâncias é que este pode ser adentrado por autoridade competente.

Segundo o art. 244, do CPP, sobre a busca pessoal, este dispõe que:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

Assim, se tratando de busca pessoal não é necessário mandado para os casos de prisão ou posse de arma proibida, podendo esta acontecer sem o pedido de um juiz.

Com relação ao art. 245, do CPP, este trata sobre as buscas domiciliares:

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

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

Logo, a realização de buscas domiciliares se dará durante o dia, caso seja necessário e com o consentimento do morador, estas poderam serem realizadas durante a noite, perante leitura do mandado ao morador.

2 DA POLÍCIA

A palavra “polícia” advém do grego *politéia*, que significava a “arte de governar”. Assim, esta palavra é utilizada para fazer referência ao órgão estatal subordinado ao poder executivo.

Segundo Bonfim (2011, p. 131), a polícia “é órgão estatal incumbido de prevenir ocorrência de infrações penais, apurarem autoria e materialidade das já perpetradas, sem prejuízo de outras funções atinentes à persecução penal”. Logo, fica claro que a polícia possui como obrigação a prevenção de infrações penais, bem como de verificar a autoria do fato ocorrido.

De acordo com Assis, sobre a polícia:

Em nosso País o sistema policial dos Estados está baseado na dicotomia Polícia Militar X Polícia Civil, sendo a responsabilidade da Polícia Civil o exercício da polícia judiciária: apuração dos fatos envolvendo o ilícito penal, consubstanciando-o no inquérito policial; já às Polícias Militares cabe o policiamento ostensivo, fardado, além da missão mais ampla de preservação da ordem pública e da segurança interna (ASSIS, 2002, p. 18).

Desse modo, entende-se que a polícia encontra-se divididas em duas, que é a polícia civil e a polícia militar, sendo que cabe a primeira a apuração de fatos ilícitos e a segunda, a preservação da ordem pública.

Conforme Di Pietro, sobre a classificação em polícia administrativa e polícia judiciária:

A polícia administrativa, em síntese, visa impor aos administrados condutas comissivas ou omissivas em prol do interesse público, da convivência harmoniosa da coletividade, coibindo excessos antissociais. Incide, portanto, sobre bens, direitos e atividades. É inerente à Administração Pública, sendo exercida, de forma pulverizada, pelos diversos órgãos que a compõem. A polícia judiciária, cujo exercício é privativo de determinados órgãos, como as polícias civis, visa, basicamente, reprimir a prática de atos considerados ilícitos penais, razão pela qual incide sobre pessoas e é regida por normas processuais penais (DI PIETRO, 2004, s.p).

Assim, a polícia administrativa tem por objetivo manter a convivência harmoniosa na sociedade e a polícia judiciária visa reprimir qualquer ato que seja ilícito.

Sobre essa divisão entre polícia judiciária e administrativa, Agra relata que:

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

ilícito e fornecendo os subsídios que vão embasar a ação penal (AGRA, 2002, P. 583-584).

Destarte, foi explicada a função da polícia administrativa e da judiciária, mas não existe um consenso sobre estas definições, pois muitos doutrinadores divergem sobre esta distinção.

Segundo Silva, sobre a função da polícia:

A atividade policial é essencialmente unitária. Prevenir e reprimir crimes e infrações penais é uma só atividade que se divide didaticamente em duas, para melhor compreensão dos iniciantes. A polícia militar chegou até mesmo a ser utilizada em guerras. Já a polícia civil se deu com o desenvolvimento político e jurídico do país. Ambas exercem funções jurídicas imediatas, portanto estão dentro do que se pode chamar de carreira jurídica (SILVA, 2010, s.p).

Logo, entende-se que tanto a polícia militar quanto a polícia civil exercem as mesmas funções, devido a isto, é importante unificá-las para facilitar o melhor exercício das funções.

Portanto, pode-se compreender que a polícia militar e a civil exercem atividade de polícia, sendo autoridades administrativas.

2.1 História da Polícia no Brasil

No ano de 1808, foi criada a Intendência Geral de Polícia da Corte, que tinham a função de zelar pelo abastecimento do Rio de Janeiro, capital da época, e também de manter a ordem (COSTA, 2004).

De acordo com Silva,

Dom João VI criou o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte, que tinha poderes de polícia e jurisdicionais. Posteriormente instituiu a divisão militar da guarda real de polícia do Rio de Janeiro, estabelecendo então o cerne originário das polícias militares que se organizaram nas províncias e depois nos estados-membros (SILVA, 2010, s.p).

Logo, com a criação do cargo de intendente de polícia, esta tinha o intuito de manter a ordem, conferindo assim, poderes de polícia e também jurisdicionais.

A criação das forças policiais é devido às disputas políticas entre o poder central e as lideranças locais (HOLLOWAY, 1997).

De acordo com Costa (2004), o intendente geral de polícia também ocupava o cargo de desembargador, este era um juiz com funções de polícia, que podia julgar e punir as pessoas acusadas. A polícia civil tem sua origem na Intendência Geral de Polícia da Corte.

Conforme Holloway (1997), a Guarda Real de Polícia foi criada em 1809 e possuía poderes para manter a ordem na sociedade, era subordinada ao Intendente Geral de Polícia, por isto, não possuía recursos próprios, utilizavam de violência e brutalidade para controlar o povo, posteriormente, esta deu origem a polícia militar. Como a Guarda Real não foi eficiente no controle das crises existentes na época, esta foi extinta e no mesmo ano, foi criado o Corpo de Guardas Municipais Permanente.

De acordo com Muniz (2001), foi o padre Diogo Antônio Feijó mandou extinguir todos os policiais e criou a Guarda Municipal de Voluntários por Provinciais, também conhecida como Corpo de Guardas Municipais Permanentes, que deveriam zelar e manter a ordem na sociedade como também fiscalizar a cobranças de impostos.

Conforme Sodré,

o recrutamento é uma singularidade: feito na base dos “cidadãos em condições de serem alistados eleitores” correspondia à premeditada e rigorosa seleção por cima, de vez que o eleitorado era constituído à base da renda e a restrição da área eleitoral era dos traços definidores do domínio daquela classe. Tratava-se, pois, de força constituída por elementos de posses (SODRÉ, 1979, p. 118).

Entende-se que o recrutamento de homens para trabalhar na guarda municipal era realizado com base na renda da pessoa, era isto que determinava o mesmo ser alistado ou não.

Devido as Guardas Municipais não estarem conseguindo manter a ordem na sociedade, foi preciso criar um novo órgão para controlar a população. Assim, no ano de 1831, tornou-se necessário criar a Guarda Nacional.

Para Sodré (1979, p. 119) a guarda nacional era “uma organização permanente, consistindo o seu serviço ordinário, dentro e fora dos municípios, em destacamentos à disposição dos juízes de paz, criminais, presidentes de províncias e ministro da Justiça”.

Em 1889, com a Proclamação da República, a polícia passou a exercer um papel de controle social sobre as classes urbanas perigosas, com ações voltadas para controlar a população rural que migrava para os centros urbanos.

Conforme Holloway (1997), para controlar os grupos perigosos foi necessário instituir novos instrumentos e mecanismos para punir o criminoso e não o ato criminal. Assim, o Código Penal foi reformulado em 1890, para melhor controlar os grupos de pessoas perigosas.

Segundo Carvalho (2007), na Era Vargas a polícia adquiriu um papel fundamental dentro do regime autoritário, devendo vigiar e controlar os comunistas, judeus, dissidentes políticos, entre outros. Assim, no ano de 1934, ocorreu uma reforma na estrutura da polícia, devido ao Decreto nº 24.531/34, que redefiniu funções e expandiu a estrutura policial.

Para Costa (2004), durante o Regime Militar, a polícia continuou sendo utilizada para reprimir a oposição política, juntamente com as Forças Armadas, que detinham na época o monopólio da coerção político-ideológica.

De acordo com Carvalho (2007), no ano de 1967, foi criada a Inspeção-Geral das Polícias Militares do Ministério do Exército, que tinha como função supervisionar e controlar as polícias militares estaduais, que visava controlar os currículos das academias de polícia militar.

Com o fim da Ditadura Militar, ocorreram diversas transformações na seara da Segurança Pública, tornando a polícia pró-ativa. De acordo com o artigo 144 da Constituição Federal, “a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 2010).

2.2 Atividades da Polícia Militar e da Civil

Com relação à atividade pertinente a polícia militar, entende-se que esta tem o dever de proteger a sociedade, buscando sempre garantir a ordem da mesma.

De acordo com Agra (2002, p. 583), “a polícia militar tem uma função repressiva, executando o policiamento ostensivo para manter ou restabelecer a ordem pública e garantir o cumprimento da lei”.

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 144:

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Assim, cabe a polícia militar o policiamento ostensivo, com o intuito de buscar sempre preservar a ordem pública, prevenindo e combatendo a criminalidade.

Segundo Lazzarini, sobre as atividades exercidas pela polícia militar:

A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é a verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública para todo o universo da atividade policial em tema de ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C.4.^a. Câmara Criminal, ao referendar a missão policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviços são instruídos e

treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade (LAZZARINI, 1999, p. 61).

Compreende-se que a polícia militar deve utilizar de ações para buscar preservar a ordem pública, bem como, da utilização de instrumentos que facilitem a ação da polícia militar.

Para Bonfim,

As polícias militares dos Estados atuam preventivamente, com o intuito de assegurar que os bens jurídicos penalmente tutelados permaneçam incólumes, isto é, têm como objetivo evitar crimes e contravenções penais. Excepcionalmente exercem função judiciária, apurando a ocorrência de crimes militares, na forma prevista no Código de Processo Penal Militar (BONFIM, 2011, p. 133).

Entende-se que a polícia militar deve atuar de maneira preventiva, para buscar combater crimes e também verificar ocorrências.

Segundo Greco, sobre a polícia militar:

Caberia o papel precípua de, ostensivamente prevenir a prática de futuras infrações penais, com a finalidade de preservar a ordem pública, o que não a impede, igualmente, de exercer também uma função investigativa, que caberia, inicialmente, e também de forma precípua, à polícia civil. Também não se descarta a possibilidade de a Polícia Militar exercer um papel auxiliar ao Poder Judiciário, o que na verdade é muito comum, a exemplo do que ocorre com frequência no Tribunal do Júri, onde a escolta dos presos é por ela realizada (GRECO, 2010, p. 5).

Cabe a polícia militar tanto o papel de buscar prevenir que novos crimes ocorram, bem como também, de exercer função investigativa, quando se trata da investigação de crimes, realizando também a escolta de presos para os tribunais.

Nucci, sobre a polícia militar realizar investigação:

A nós, parece que a função investigatória precípua, de acordo com a Constituição Federal, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuar nesse sentido. Não deve, naturalmente, ser regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal (NUCCI, 2011, p. 564 e 565).

Quando for necessário e de interesse da justiça, a polícia militar também poderá realizar a função investigatória, a fim de solucionar o delito. Portanto, a função da polícia militar é a de exercer ação buscando preservar a ordem pública, através de um policiamento ostensivo.

Sobre as atividades da Polícia Civil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, parágrafo 4º, determina que:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (BRASIL, 1988).

Assim, a polícia civil possui a missão constitucional de exercer funções de polícia judiciária no âmbito estadual, apurando infrações penais e a autoria destas.

De acordo com Feitoza (2010, p. 172), “as Polícias Cíveis são policiais judiciárias, e não policiais de segurança. Atuam de maneira “repressiva”, no sentido de perseguir criminalmente o fato delituoso que já ocorreu”. Logo, cabe a esta atuar perante a sociedade de maneira a investigar e perseguir os crimes que já ocorreram.

Feitoza (2010, p. 170 - 171) complementa dizendo que o artigo 144, § 4º, da Constituição Federal, incumbiu às polícias cíveis a função de judiciária e de apuração de infrações penais, classificando como “polícia judiciária” para designar a atividade de auxílio ao Poder Judiciário no cumprimento de determinações, de modo que a função de apurar as infrações penais seria denominada “polícia investigativa”. Assim, entende-se que a Polícia Civil tem como papel o auxílio ao poder judiciário no que diz respeito à condução de presos, a execução de mandados de busca e apreensão, de mandados de prisão, entre outros.

Desse modo, é possível compreender que a Polícia Civil no âmbito estadual deve exercer a função de polícia judiciária, com o intuito de apurar as infrações penais, conseqüentemente as autorias destas também, além das atribuições privativas que são previstas na Constituição Federal.

2.3 Estrutura da Polícia Militar

Sobre a estrutura da polícia militar, entende-se que se trata da forma como é dividida, no caso, esta se divide em duas categorias, que são classificados como praças e como oficiais, e depois existem as subdivisões das mesmas.

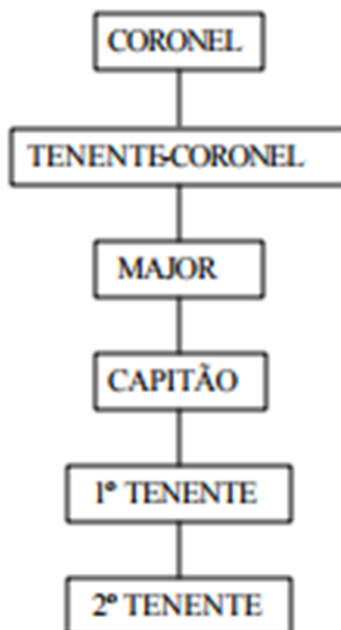
Segundo Vasconcellos,

A estrutura de uma organização pode ser definida como o resultado de um processo através do qual a autoridade é distribuída, as atividades desde os níveis mais baixos até a Alta Administração são especificadas e um sistema de comunicação é delineado permitindo que as pessoas realizem as atividades e exerçam a autoridade para o atingimento dos objetivos organizacionais (VASCONCELLOS, 1986, p. 14).

Assim, para facilitar a organização dentro da polícia militar, esta é dividida, distribuindo-se as atividades e também a autoridade que competem a cada sbucargo, contribuindo para atingir o objetivo organizacional.

Com relação à estrutura hierárquica da polícia militar, o fluxograma abaixo mostra como esta ocorre.

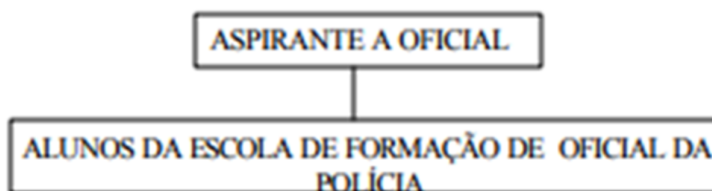
Fluxograma 1: Estrutura hierárquica dos Oficiais de Polícia.



Fonte: NEME (1999, p. 25).

No fluxograma 1, é mostrada a estrutura de divisão das classes dos oficiais de polícia. Na divisão da estrutura hierárquica dos oficiais, o cargo mais alto é o do coronel, seguido pelo tenente-coronel, depois pelo major, pelo capitão, e pelos 1º tenente e por último pelo 2º tenente.

Fluxograma 2: Estrutura hierárquica dos praças especiais de polícia.



Fonte: NEME (1999, p. 25).

O fluxograma 2 está mostrando como é a divisão entre os praças especiais de polícia, que apontam que o cargo mais alto é do aspirante a oficial e depois vêm os alunos da escola de formação de oficial da polícia, que ocupam um cargo mais baixo.

Fluxograma 3: Estrutura hierárquica dos praças de polícia.



Fonte: NEME (1999, p. 25).

O fluxograma 3, apresenta a divisão dos praças de polícia, que trazem no cargo mais alto, o subtenente, seguido pelo 1ª sargento e depois pelo 2º sargento e 3º sargento, depois na ordem hierárquica vem o cabo e por último o soldado.

Segundo Valla, sobre a estrutura organizacional da polícia militar:

- a. o tipo funcional adotado é o misto, isto é, os órgãos de direção geral são estruturados por funções, os órgãos de execução com base na responsabilidade territorial, englobando os comandos intermediários e unidades operacionais (regiões e áreas), respectivamente, enquanto os órgãos de apoio, embora estruturados por funções, apresentam a particularidade de serem organizados sob a forma de sistemas;
- b. o tipo funcional permite os Departamentos (Comandos Intermediários) atuarem de maneira relativamente independente e os seus gerentes funcionais (comandantes) possuem autoridade elevada, isto é, autoridade não somente em relação à missão, mas também sobre os subordinados e sobre os meios;
- c. subsiste um sistema hierárquico bastante rígido, com subordinações funcionais bem definidas e forte verticalização nos organogramas;
- d. as ações e operações ou projetos são executados preferencialmente nos limites de cada Departamento (Comando Intermediário);
- e. Projetos multidisciplinares são coordenados pelo Estado-Maior-Geral (EMG) de modo que cada Departamento (Comando ou Diretoria) execute as suas tarefas dentro de sua área de atuação, que é bem determinada;
- f. os militares estaduais, particularmente os oficiais presumem-se especializados e, tanto oficiais como praças possuem uma carreira bem definida;
- g. a comunicação ocorre de forma sistemática devendo passar pelo chefe do Departamento, o que é denominado Cadeia de Comando;

- h. os oficiais, em particular, trabalham em projetos em tempo parcial e realizam paralelamente outras funções administrativas, ou seja, não são dedicados exclusivamente à atividade-fim ou a determinados projetos;
- i. a hierarquização e a verticalização da estrutura organizacional facilitam a implantação e a execução dos mais diversos projetos de interesse das Corporações Militares Estaduais, em especial aqueles relacionados à segurança pública;
- j. as preocupações com as questões comunitárias são uma constante nas atividades preventivas e repressivas imediatas, assim como em todas as questões da sociedade relacionadas à incolumidade das pessoas e do patrimônio, quer sejam de pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas (VALLA, s.a, p. 2).

Portanto, dentro da polícia militar a hierarquia e a disciplina são fatores determinantes para a organização da mesma, bem como, para que as ações e as operações de preservação da ordem pública sejam mantidas com eficiência, buscando sempre combater a criminalidade.

3 BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

O mandado de busca e apreensão é entendido como um meio de prova, fato este que se encontra previsto no Código de Processo Penal, em seu artigo 240:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior (BRASIL, 1941).

Assim, o artigo 240 mostra quais são os requisitos necessários para que a busca domiciliar ou pessoal seja realizada e para que estas não venham a ferir o direito do morador.

3.1 Inviolabilidade de domicílio

A inviolabilidade de domicílio é garantida pela Constituição Federal de 1988, que assegura a casa como asilo inviolável do indivíduo. Assim, o artigo 5º:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Como ninguém pode adentrar na casa de uma pessoa sem o consentimento dela, para a polícia militar realizar qualquer busca, deve ter sido expedido um mandando de busca e apreensão.

Torna-se necessário compreender o conceito de casa. Assim, para Bastos (1989), o termo casa faz referência a toda projeção espacial da pessoa, delimitando todo local que esta ocupa ou venha a ocupar.

Já Ferreira, compreende casa como sendo:

Qualquer compartimento habitado, inclusive os de natureza profissional;
Aposento ocupado de habitação coletiva em pensões, hotéis, casas de pousada, mesmo que provisoriamente;

Dependências de casas, sendo cercadas, gradeadas, muradas, inclusive o jardim, a garagem e as partes externas (FERREIRA, 1989, p. 82).

O conceito de casa é muito amplo, mas sempre está pautado no fato de ser qualquer ambiente que venha a dar proteger e abrigo as pessoas, mesmo que seja por pouco tempo.

Segundo Damásio, em sua interpretação sobre o Código Penal Brasileiro, no artigo 150, relata que:

Assim, pode-se concluir que o compartimento aberto ao público não é protegido pela lei, como o museu, cinema, bar, loja, teatro etc. Compartimentos não abertos ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, é o consultório médico, o consultório do dentista, o escritório do advogado etc. Esses locais de atividades podem possuir uma parte aberta ao público, como a saleta de recepção, onde as pessoas podem entrar ou permanecer livremente. Entretanto, há os compartimentos com destinação específica ao exercício da profissão ou atividade, que constituem casa para efeitos penais. [...]

A proteção penal também se estende às dependências do domicílio, como jardins, alpendres, adegas, garagens, quintais, pátios etc., desde que fechados, cercados ou haja obstáculos de fácil percepção impedindo a passagem (correntes, telas etc.) (CP, art. 150, caput, parte final).

Compreende-se que os ambientes públicos, não se encaixam como domicílio inviolável, pois são de total acesso a qualquer pessoa. E também os compartimentos comerciais, que atendem ao público.

O Código Penal brasileiro traz em seu capítulo VI “Dos crimes contra a liberdade individual”, em sua seção II, “Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio”, no artigo 150, diz que:

Violação de domicílio

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

Logo, sobre a violação de domicílio o Código Penal pune qualquer pessoa que entrar na casa de outro, de maneira clandestina, este poderá ficar preso de um até três meses, bem como pode pagar uma multa. Quando o crime é cometido à noite, a pena sobre o mesmo aumenta de seis meses até dois anos.

O parágrafo 3º, do mesmo artigo diz que:

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1940).

Desse modo, quando um domicílio é adentrado durante o dia, com mandado de busca e apreensão, seja para efetuar diligência ou prisão, não configura crime de inviolabilidade de domicílio. Este também pode ser adentrado a qualquer hora do dia ou da noite, quando um crime estiver sendo praticado ou em sua iminência de o ser.

Segundo Tucci (1993), a entrada na casa de qualquer pessoa, no período noturno, somente é permitida sem o consentimento do morador, nos casos de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, pois do contrário, o princípio da inviolabilidade estaria sendo ferido. Já durante o dia, além das hipóteses citadas para adentrar na casa de outra pessoa, também poderá ocorrer com a expedição de mandado judicial.

Conforme Ferreira Filho (1997, p. 36):

A inviolabilidade de domicílio visa a proteger a intimidade do homem. Busca-lhe um espaço reservado, proibindo as intromissões dos outros homens e do próprio Estado. Garante-lhe, pois, a base necessária para o desenvolvimento de sua personalidade (FERREIRA FILHO, 1997, p. 36),

Assim, ao abordar a inviolabilidade de domicílio entende-se que esta além de proteger a casa, que é asilo inviolável, também protege a intimidade do seu morador. Com o intuito de garantir-lhe um espaço que seja reservado somente para ele.

3.2 Legalidade da medida

De acordo com a Constituição Federal de 1988, pode-se ocorrer a violação do domicílio no período diurno, com a utilização de mandado judicial. Assim, compreende-se o dia como aquele que possui iluminação solar, já para outros autores, o dia é definido das 6 horas às 18 horas.

Diante disto, o Código Penal declara que:

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (BRASIL, 1941).

Logo, a casa ou domicílio pode ser adentrado, de dia com mandado judicial e também a qualquer hora do dia ou da noite, desde que um crime esteja ocorrido ou a suspeita do mesmo.

Nestes termos, o legislador não configurou como crime estes casos apontados anteriormente. Assim, para Jesus:

durante o dia, o funcionário público pode entrar ou permanecer em casa alheia, ou em suas dependências, para realizar qualquer diligência, seja de natureza policial, judicial, fiscal ou administrativa desde que haja autorização judicial (CF, art. 5º, XI, parte final). Sem ela, o fato constitui delito. O CP se refere ao fato cometido “durante o dia”. Em face disso, não é lícita a entrada ou permanência em casa alheia, ou em suas dependências, durante a noite, para efetuar diligência, a não ser que haja o consentimento do morador (JESUS, 1999, p. 270)

Logo, quando o funcionário público munido de autorização judicial, pode este permanecer dentro de casa alheia, com a finalidade de procurar qualquer diligência, visto que o mesmo venha a ocorrer de dia. Já à noite, somente o morador que poderá consentir para que o funcionário adentre.

Sobre a violação do domicílio no período da noite, esta acontece em casos mais isolados, quando surge a necessidade para tentar combater as organizações criminosas. Diante disto:

Ainda assim, não se pode excluir, de plano, a possibilidade de, em casos excepcionais, devidamente justificados, ser autorizado judicialmente o cumprimento de mandado de busca e apreensão fora desse período, naquelas hipóteses em que a prova a ser colhida somente estará disponível durante a noite. Por isso, certamente, o juiz, desde que o faça fundamentadamente, pode autorizar o cumprimento do mandado mesmo à noite para que a medida alcance algum resultado prático. Não fosse assim, estaria aberta uma imunidade quase intransponível para a prática ou ocultação de crime no interior de residências ([22])

É fato, que a utilização de mandado de busca e apreensão pode ser realizada no meio da noite, para buscar obter um resultado mais eficaz.

Sobre a decisão do STF, que autorizou cumprimento de mandados judiciais no período da noite, foi necessária a utilização de escutas no período da noite, para comprovar a corrupção das pessoas envolvidas:

Considerou-se, entretanto, que tal inviolabilidade cederia lugar à tutela constitucional de raiz, instância e alcance superiores quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Aduziu-se que o sigilo do advogado não existe para protegê-lo quando cometa crime, mas proteger seu cliente, que tem direito à ampla defesa, não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório no único reduto inexpugnável de criminalidade. Enfatizou-se

que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poderdever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio julgou-se ser preciso recompor a ratio constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio stricto sensu, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem (STF, Informativo n.º 529).

Logo, este argumento foi utilizado para comprovar o envolvimento de agentes públicos em crimes.

Na Constituição Federal, os casos de flagrante delito, não importando se é dia ou noite, permite que o domicílio seja adentrado por qualquer pessoa, sem nenhuma necessidade de autorização do morador.

Assim,

Em relação aos crimes permanentes, também não há divergência de que há possibilidade de invasão domiciliar sem autorização do morador, com ou sem mandado judicial, mesmo no período da noite (STJ, HC 31.514/MG e STF, HC 84.772, Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ, 12-11-04).

Já os casos em que o cumprimento do mandado teve início no período diurno e estendeu-se até a noite, não acontece nenhum prejuízo da mesma, pois não importa o momento em que se iniciou o ato. Desse modo, Novelino:

[...] Não obstante, em determinadas circunstâncias, caso o cumprimento do mandado judicial, iniciado no período diurno, ultrapasse o limite constitucional – como na hipótese de uma ação de grande complexidade concluída logo após anoitecer – não será razoável considerar as provas obtidas como sendo ilícitas. A admissibilidade do prolongamento da ação após o ocaso (desaparecimento do sol no horizonte) deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto (NOVELINO, 2009, p. 411).

Em suma, estes são os casos em que pode ocorrer a violabilidade do domicílio sem que ocorra prejuízo para quem está adentrando ao mesmo.

3.4 Consentimento do morador

A Constituição Federal de 1988 traz o consentimento do morador, como fator que contribui para que o domicílio seja adentrado por terceiros, sem que haja necessidade de ordem judicial ou que se importe com o período. Assim:

a) O termo “morador” tem abrangência maior do que a expressão “proprietário” (dono);

- b) Havendo mais de um titular do direito de inviolabilidade – vários moradores – cabe ao chefe da casa ou do estabelecimento a autorização, devendo prevalecer à vontade daquele que administra os interesses da família, “normalmente os pais ou patrões”.
- c) Se entre os moradores houver divergência e, entre eles, houver igualdade de condições, como no caso de marido e mulher ou de uma república de estudantes, isso deverá ser entendido como proibição de ingresso ou de permanência na casa;
- d) Os dependentes ou subordinados exercem o direito à inviolabilidade somente relativamente àqueles locais que lhes foram destinados (quarto do filho ou do empregado), não podendo esse direito ser oposto ao chefe ou patrão;
- e) O eventual consentimento de ingresso ou permanência no interior do domicílio pode ser revogado a qualquer instante pelo titular do direito;
- f) O consentimento de ingresso deve ser válido, ou seja, nunca poderá ser presumido e deverá ser dado por pessoa capaz que compreenda perfeitamente o objeto do requerimento policial;
- g) Há opinião doutrinária no sentido de que não se consideraria válido o consentimento por pessoa submetida à prisão cautelar (temporária ou preventiva), pois seria insuficiente a autorização “por força (GROTTI, 1993).

Portanto, quando ocorre o consentimento do morador permitindo que outra pessoa adentre a sua casa, não ocorre a inviolabilidade de domicílio, uma vez que a outra pessoa foi convidada pela dona da casa para entrar.

4 JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA SOBRE O CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO REALIZADO PELA POLÍCIA MILITAR

4.1 JURISPRUDÊNCIA

Com relação ao mandado de busca e apreensão, como já foi mencionado anteriormente, este é função da Polícia Civil, mas diversas Doutrinas e Jurisprudência relatam e comprovam que a Polícia Militar pode cumprir o mandado de busca e apreensão, sem o ferimento dos §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal.

Para comprovar tal legalidade, a seguir serão apresentadas as Jurisprudências e as Doutrinas, que garantem a realização do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores relata somente decisões favoráveis para a constitucionalidade e legalidade do cumprimento do mandado de busca e apreensão ser realizado pela Polícia Militar.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), Recurso Extraordinário (RE) nº 404.593,

EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Necessidade de exame prévio de eventual ofensa à lei ordinária. Ofensa meramente reflexa ou indireta à Constituição Federal. Não conhecimento parcial do recurso. Precedente. Se, para provar contrariedade à Constituição da República, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. 2. AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Lícitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do Art. 144, §§ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar. (RE 404593, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-07 PP-01373 RTJ VOL-00211- PP-00526) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Assim, o Recurso Extraordinário (RE) nº 404.593 aponta a legalidade e a licitude do cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar, que este possui natureza cautelar, sendo também competência de atividade da polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Entende-se que devido ao caráter cautelar emergencial do mandado de busca e apreensão, este foi realizado pela Polícia Militar, mas que tal ato e também as provas obtidas são consideradas lícitas.

Ainda sobre o mesmo Recurso Extraordinário, o Relator Ministro Cezar Peluso diz que:

[...]

O cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar não fere os §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal. Eis o que prescreve:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competência, por que não foram atos de investigação nem instrução, reservados à função de polícia judiciária.

O mandado de busca e apreensão foi expedido em resposta feita por Comandante da Polícia Militar, em verificação de tráfico de drogas, na localidade, pelo Serviço Reservado da Companhia da Polícia Militar (fl. 46).

[...]

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

[...]

Isto posto, conheço, em parte, do recurso extraordinário, e, na parte conhecida, nego-lhe provimento (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Logo, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Polícia Militar pode realizar o cumprimento de mandado de busca e apreensão, bem como, o mesmo pode ser expedido por requerimento pela Corporação Militar.

Compreende-se que a realização do mandado de busca e apreensão por parte da Polícia Militar não configura a usurpação das competências que cabem a Polícia Civil, pois quando somente foi realizado o cumprimento do mandado, sem que a Polícia Militar tenha realizado qualquer ato de investigação ou de instrução, confere-se ao mandado a legalidade do ato.

O Supremo Tribunal Federal (STF) através do Habeas Corpus (HC) nº 91.481,

BUSCA E APREENSÃO - TRÁFICO DE DROGAS - ORDEM JUDICIAL - CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. Ante o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado a polícia militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizadas. AUTO CIRCUNSTANCIADO - § 7º DO ARTIGO 245 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Atende ao disposto no § 7º do artigo 245 do Código de Processo Penal procedimento a revelar auto de prisão em flagrante assinado pela autoridade competente, do qual constam o condutor, o conduzido e as testemunhas; despacho ratificando a prisão em flagrante; nota de culpa e consciência das garantias constitucionais; comunicação do recolhimento do envolvido à autoridade judicial; lavratura do boletim de ocorrência; auto de apreensão e solicitação de perícia ao Instituto de Criminalística. (grifo nosso) (HC 91481, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-02 PP-00340 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 526-528 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 491-493) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Desse modo, compreende-se que o cumprimento de mandado de busca e apreensão por parte da Polícia Militar é legal, por isto, não prejudica o flagrante, nem a diligência e as provas que foram produzidas.

Com relação ao mandado de busca e apreensão solicitado por ordem judicial para o cumprimento de prisão em flagrante devido ao tráfico de drogas, a realização deste pela Polícia Militar não contamina o flagrante e nem a busca e apreensão que foram executadas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também entende que o cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado por parte da Polícia Militar, possui legalidade e não viola nenhuma lei. In verbis:

HABEAS CORPUS. QUADRILHA E CORRUPÇÃO ATIVA (ARTIGOS 288 E 333 DO CÓDIGO PENAL). APONTADA DISCREPÂNCIA ENTRE OS OFÍCIOS ENVIADOS ÀS OPERADORAS DE TELEFONIA E AS DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. REQUERIMENTO EXPRESSO DE FORNECIMENTO DE CONTAS REVERSAS E DADOS CADASTRAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DEFERIDO PELO MAGISTRADO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. [...] BUSCA E APREENSÃO REALIZADA POR POLICIAIS MILITARES. ARGUIÇÃO DE NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DA MEDIDA POR AUTORIDADE POLICIAL. INDIGITADA OFENSA AO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÁCULA NÃO CONSTATADA. ORDEM DENEGADA. 1. Da decisão judicial que autorizou a busca e apreensão e do respectivo mandado não se retira a exclusividade da execução da medida por autoridade policial, a quem inclusive se franqueia a requisição de auxílio. 2. A realização de busca e apreensão por policiais militares não ofende o artigo 144 da Constituição Federal, não podendo ser acoimada de ilícita a prova que resulte do cumprimento do mandado por referidas autoridades. Precedentes do STF. 3. Ordem denegada. (HC 131.836/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 06/04/2011) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Assim, através do Habeas Corpus (HC) nº 131.836, entende-se que o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar não causa ilicitude de prova. O presente Habeas Corpus trata da autorização para interceptações telefônicas, sendo que devido a discrepâncias de informações, foi solicitado que a Polícia Militar realiza-se o cumprimento de mandado de busca e apreensão, a fim, de garantir e preservar as provas.

Diante disto, instituiu-se o Habeas Corpus, com o intuito de que estas fossem consideradas ilícitas, pois foram apreendidas pela Polícia Militar. Mas o Ministro Jorge Mussi julgou que a realização do mandado de busca e apreensão por parte dos policiais militares não fere o artigo 144 da Constituição Federal, garantindo a licitude da prova.

Por meio do Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 41.316, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), compreende que:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXPLOSÃO. ARTIGO 16, CAPUT, C.C. O ARTIGO 20, AMBOS DA LEI N.º 10.826/03. MANDADO DE BUSCA E

APREENSÃO. FUNDAMENTAÇÃO. EXAURIENTE REQUERIMENTO POLICIAL. MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL. REFERÊNCIAS. PER RELATIONEM. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. EIVA. INEXISTÊNCIA. CONDUÇÃO DA MEDIDA. CORREGEDORIA DA POLÍCIA MILITAR. ILEGITIMIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SUPERVISÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. CUMPRIMENTO DO MANDADO. SUBSCRIÇÃO DO AUTO PELA ADVOGADA. INÉRCIA. POSTERIOR ALEGAÇÃO DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. ARMAS E MUNIÇÕES ESTRANHAS AO CRIME OBJETO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. ENCONTRO FORTUITO. NOVEL DELITO. INFRAÇÃO DE CUNHO PERMANENTE. FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. Não obstante a estruturação das polícias com a atribuição de especialidades para cada órgão, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública, escopo comum a todos os entes policiais. 3. Não se configura qualquer pecha no cumprimento da medida por policiais militares da Corregedoria Militar, pois o suspeito é policial militar e a diligência foi precedida de requerimento do Parquet e autorização judicial, culminando pela supervisão da autoridade policial, delegado da polícia civil, que inclusive lavrou o auto de exibição e apreensão. 4. Inaceitável que a defesa avenge a tese de nulidade após que dar-se inerte no transcurso do cumprimento do mandado de busca e apreensão, subscrevendo o auto, não se insurgindo pela forma como conduzido. 5. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de um tal comportamento sinuoso, não dado é reconhecer-se a nulidade. [...] 7. Recurso a que se nega provimento. (grifo nosso) (RHC 41.316/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 12/12/2014) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

De tal modo, o Recurso de Habeas Corpus, garante a Polícia Militar legitimidade para executar o mandado de busca e apreensão. O presente Recurso trata-se de um roubo circunstanciado, onde se alega que o mandado de busca e apreensão foi conferido pela Polícia Militar, mas que está não possui legalidade para realizá-lo.

Assim, a ministra Maria Thereza julgou que o artigo 144 da Constituição Federal diz que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, ainda mais neste caso, que o suspeito é policial militar, que havia autorização judicial e também que contava com a supervisão da autoridade policial, o delegado da Polícia Civil. Logo, tal recurso foi julgado como inaceitável e conferiu-se a este a sua nulidade.

Portanto, a jurisprudência mostra que existe legalidade e legitimidade no cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar, pois isto não ofende o art. 144, §§ 4º e 5º da Carta Magna.

4.2 DOCTRINA

Sobre o cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar, grande parte da doutrina entende que este é constitucional, válido e legal.

Para Feitoza (2010, p. 250):

A busca, portanto, não é instrumento exclusivo da polícia investigativa (polícia judiciária). A Polícia Militar, mesmo na sua função específica de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode requerer a expedição de mandado de busca e apreensão, para o cumprimento de seu dever de prender quem esteja em flagrante delito (com fundamento no art. 240, § 1, alínea a, c/c art. 243, § 1º, e art. 301, todos do CPP, e art. 144, § 5º, CR), sem significar uma investigação criminal (FEITOZA, 2010 p. 250).

Logo, compreende-se que o cumprimento do mandado de busca e apreensão realizado em flagrante delito pela Polícia Militar, não fere o artigo 144 da Constituição Federal, bem como, este não é somente um instrumento exclusivo da Polícia Civil. Devido a isto, o mesmo pode ser cumprido pela Polícia Militar sem que haja ilícitude das provas que foram obtidas.

Segundo Nucci,

78. Cumprimento de mandados de prisão: segundo o art. 5.º, LXI, da Constituição Federal, somente a autoridade judiciária, de modo fundamentado e por escrito, pode determinar a prisão de alguém, razão pela qual cabe à polícia judiciária cumprir o mandado expedido. Atualmente, também a Polícia Militar, em seu policiamento ostensivo, tem atribuição para cumprir mandados de prisão, ao deparar-se com alguém procurado. [...] 44. Policiais civis ou militares: sustenta Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo ser diligência, durante a fase investigatória, exclusiva da polícia civil, baseando-se no fato de que a esta, conforme preceitua a Constituição Federal, cabe o exercício das funções pertinentes à polícia judiciária (art. 144, § 4.º, CF). Expõe, no entanto, outras opiniões e deixa claro que a Polícia Militar tem sido autorizada a realizar, em caráter excepcional, mandados de busca e/ou apreensão (Da busca e da apreensão no processo penal, p. 177-178). A nós, parece que a função investigatória precípua, de acordo com a Constituição, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Lógica não haveria em cercear a colheita da prova somente porque, em determinado momento, não há agentes da polícia civil disponíveis para a realização da busca, enquanto os militares estão presentes, propiciando a sua efetivação. Não deve, naturalmente, ser a regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal. Do mesmo modo que à Polícia Militar cabe o policiamento ostensivo (art. 144, § 5.º, CF), não se desconhece que policiais civis e delegados de polícia também o fazem, quando necessário. Enfim, a separação das polícias é o principal problema enfrentado, mas tal situação, que é, sobretudo, política, não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita da prova. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder às buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do ato. Na jurisprudência: STJ: “Quanto às apreensões feitas na residência do contador, a defesa alegou que a polícia militar não teria competência para isso. O relator, porém, lembrou que a jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal (STF) considera legais as buscas e apreensões efetivadas por policiais militares” (HC 131.836-RJ, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 04.11.2010, m.v.) (NUCCI, 2014, s.p).

Destarte, entende-se que a Polícia Militar pode realizar o cumprimento do mandado de busca e apreensão, pois este ato é legal. O autor para justificar este fato, utiliza-se da comparação de quando a Corporação Militar realiza diligência em local perigoso, sendo que esta é atribuição do Oficial de Justiça.

Para Nucci,

O cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar A doutrina diverge nesse aspecto. Para alguns, a diligência, durante a fase investigatória, é exclusiva da Polícia Civil, baseado no fato de que a esta, conforme preceitua a Constituição Federal, cabe o exercício das funções pertinentes à polícia judiciária (art. 144, § 4.º, CF), muito embora se admita em caráter excepcional a participação da Polícia Militar (cf. CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO, Da busca e da apreensão no processo penal, p. 177-178). Parece-nos que a função investigatória precípua, de acordo com a Constituição, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, dos policiais militares atuarem nesse sentido. Lógica não haveria em cercear a colheita da prova somente porque, em determinado momento, não há agentes da Polícia Civil disponíveis para a realização da busca, enquanto os militares estão presentes, propiciando a sua efetivação. Não deve, naturalmente, ser a regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal. Do mesmo modo que à Polícia Militar cabe o policiamento ostensivo (art. 144, § 5.º, CF), não se desconhece que policiais civis e delegados de polícia também o fazem, quando necessário. Enfim, a separação das polícias é o principal ponto enfrentado, mas tal situação, que é sobretudo um problema político, não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita da prova. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder às buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do ato (NUCCI, 2014, p. 494).

O cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar também pode ser justificado pelo fato da própria Polícia Civil poder realizar policiamento ostensivo quando necessário, sendo que, esta atribuição é exclusiva da Polícia Militar, de acordo com o art. 144, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

Segundo Pacheco, sobre a busca e apreensão realizada pela Polícia Militar:

[...] não é instrumento exclusivo da polícia investigativa („polícia judiciária“). [...] a Polícia Militar, mesmo na sua função específica de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode requerer a expedição de mandado de busca e apreensão, para cumprimento de seu dever de prender quem esteja em flagrante delito (com fundamento no art. 240, § 1º, alínea a, c/c art. 243, § 1º, e art. 301, todos do CPP, e art. 144, § 5º, CR), sem significar uma investigação criminal (PACHECO, 2008, s.p).

Assim, compreende-se que o cumprimento de busca e apreensão não é exclusividade da Polícia Civil, podendo a Polícia Militar realizá-lo, bem como também requerer este diretamente ao juiz.

Desse modo, Erlacher sobre o mandado de busca e apreensão:

Desta forma, verifica-se que somente as alíneas "e", "f" e "h", do § 1º, art. 240, do CPP, não poderiam a princípio servir de fundamento para embasar o pedido de mandado de busca e apreensão pela polícia militar, uma vez que é típico instrumento de polícia investigativa ("polícia judiciária") ou do próprio Ministério Público. Nos demais casos, é perfeitamente possível à solicitação e o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar, uma vez que não é função exclusiva da autoridade policial civil, podendo ser requerido a qualquer tempo, desde que presente os requisitos que a autorizem, doutrinariamente conhecidos por *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Desta forma, percebe-se que o requerimento de busca e apreensão tem como finalidade não só a obtenção de provas, a fim de evitar o perecimento das mesmas, como também, o combate à criminalidade, não necessitando para tal, a prévia instauração de inquérito ou processo criminal (ERLACHER, 2012, s.p).

Logo, entende-se que o cumprimento do mandado de busca e apreensão pode ser realizado pela Polícia Militar, pois esta não é diligência exclusiva da Polícia Civil.

Em suma, diversos doutrinadores compreendem que o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar possui legalidade e validade, pois este não se qualifica como atribuição exclusiva da Polícia Civil.

Mas o doutrinador Sannini Neto (2013) diverge sobre a realização do cumprimento do mandado de busca e apreensão por parte da Polícia Militar.

Sannini Neto (2013) ao analisar o princípio da legalidade, compreende que os agentes públicos somente podem fazer o que estiver previsto em lei, para ele, não é necessário a ausência de proibição, mas a existência de lei que autorize a realização de determinada conduta, que no caso é a realização do mandado de busca e apreensão, desse modo a realização de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar deve ser considerada inconstitucional.

Para o autor, uma vez que a Polícia Militar não tem atribuição constitucional para realizar os atos de polícia investigativa ou judiciária a concessão de mandado de busca e apreensão implica em restrições a direitos fundamentais, como o direito a inviolabilidade do domicílio e o direito a privacidade (SANNINI NETO, 2013).

Logo, entende-se que o doutrinador aponta que para ocorrer à legalidade, esta deve estar prevista em lei, que somente assim, é que poderia ocorrer a realização do mandado por parte da Polícia Militar.

Assim, a grande maioria dos doutrinadores confere legalidade ao cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, compreendem que é dever tanto do Estado, como de todas as polícias, tanto militar como civil, garantir a segurança de todos. Logo, o cumprimento do mandado pela Polícia Militar não confere ilícitude, devido a necessidade de garantir a segurança, bem como, que a execução do mandado de busca e apreensão não é função exclusiva da autoridade da Polícia Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o mandado de busca e apreensão, entende-se que a palavra busca significa investigação, revista, procura de algo ou alguma coisa, trata-se de um procedimento penal, com o objetivo de verificar ou de localizar pessoa ou coisa que estejam envolvidos com qualquer infração praticada por alguém.

Já a palavra apreensão, é entendida como uma medida, para se garantir que algo ou alguma coisa seja presa ou apreendida, com o intuito de assegurar que estes estejam intactos para a investigação. Esta tem por intuito a remoção, seja de pessoas, objetos ou papéis, mantendo estes em custódia, enquanto forem necessários para o processo.

Com relação à natureza jurídica, a busca pode ser considerada como meio de prova e em outros como instrumentos de sua obtenção. Assim, a busca pode ser entendida como o ato de localizar pessoa ou coisa e a apreensão é a captura da pessoa ou de coisa, que seja objeto de processo judicial.

Desse modo, a busca é compreendida como meio de prova, realizada perante autorização do juiz, com o intuito de que seja feita uma perícia no domicílio em questão. E a apreensão consiste na retirada de algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de garantir ou preservar o bem apreendido, para garantir que este não seja alterado ou destruído.

Entende-se por Polícia o órgão estatal subordinado ao poder executivo, que é incumbido de prevenir qualquer infração penal, a autoria e a materialidade destas. A Polícia encontra-se dividida em duas: a Polícia Civil e a Polícia Militar, a primeira também é classificada como polícia judiciária e a outra como polícia administrativa.

Compete a Polícia Militar o dever de proteger toda a sociedade, para garantir a ordem desta, através do policiamento ostensivo, buscando prevenir e combater a criminalidade. Já a Polícia Civil possui a missão de apurar infrações penais e também de verificar a autoria destas.

O mandado de busca e apreensão domiciliar é entendido como um meio de prova, que pode ser utilizado, segundo o art. 240, do Código de Processo Penal, quando for necessário prender criminosos, apreender coisas, instrumentos ou objetos de falsificação, armas, munições, entre outros, com o intuito de contribuir para a investigação ou resolução de um processo.

Como o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ao se tratar do mandado de busca e apreensão domiciliar, deve-se atentar para este fato, buscando realizar o mesmo, sem que ocorra descumprimento da lei.

Assim, o artigo 150 do Código Penal, em seu parágrafo 3º estabelece que, durante o dia só poderá ocorrer à entrada ou permanência em casa alheia com mandado de busca e apreensão, de acordo com as formalidades legais. Em qualquer horário do dia ou da noite, se no local estiver sendo praticado algum crime ou na iminência de o ser, como também para prestar socorro ou em caso de desastre.

Outro fato que garante a entrada de terceiros no domicílio de outra pessoa, é quando o ocorre consentimento do morador, não precisando de ordem judicial e nem importando o período.

Sobre a constitucionalidade e legalidade do cumprimento de mandado de busca e apreensão, a jurisprudência relata decisões favoráveis, que conferem validade para o cumprimento de mandado de busca e apreensão ser realizado pela Polícia Militar. Já os doutrinadores divergiram de opinião, pois para um doutrinador, o cumprimento do mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar só tem efeito legal, se existir lei que autorize a presente conduta.

Portanto, de acordo com a jurisprudência e com grande parte dos doutrinadores, o cumprimento de mandado de busca e apreensão por parte da Polícia Militar é válido, legal e constitucional, desde que sejam respeitados os critérios para a realização deste, principalmente respeitando-se a inviolabilidade de domicílio. Assim, quando a Polícia Militar realiza o cumprimento do mandado de busca e apreensão almeja-se otimizar o policiamento ostensivo e também a preservação da ordem na sociedade.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 2002.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva. 1994.
- ASSIS, Jorge César de. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Capítulo XI. **Da busca e da apreensão**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- ERLACHER, Enoni. **Conflitos de atribuições entre Polícia Militar e Polícia Civil**. 2012. Monografia (curso de Direito) - Departamento de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.
- FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. Teoria, Crítica e Práxis. 7.ed. Niterói: Impetus. 2010.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira** . Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 36.
- GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEME, Cristina. **A instituição policial na ordem democrática: o caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. Universidade de São Paulo. 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ed. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

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

SANNINI NETO, Francisco. **Polícia Judiciária e a Devida Investigação Criminal Constitucional**. Jus Navigandi. 2013.

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

SILVA, Marco Antônio Marques da. FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal Comentado**. 1ª ed. Editora Saraiva. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 131.836**. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma do STJ. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24134073/habeas-corpus-hc-232174-sc-2012-0018774-8-stj/relatorio-e-voto-24134075>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 41.316**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma do STJ. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152716315/recurso-em-habeas-corpus-rhc-43713-sp-2013-0412815-4>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 404.593**. Rel. Min. Cezar Peluso. Segunda Turma do STF. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000083246&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Relator no Recurso Extraordinário nº 404.593**. Rel. Min. Cezar Peluso. Segunda Turma do STF. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604641>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 91.481**. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma do STF. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604641>>. Acesso em: 20 out. 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VALLA. Cel. PM ref. Wilson Odirley. **A teoria de sistemas aplicada na gestão das polícias militares**.