
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA BUSCA JUDICIAL DOMICILIAR PELA POLÍCIA MILITAR

RAVAGNANI, Christopher Abreu¹
POPOLIM, Daiane Cristina Tomain²

Recebido em: 2018.06.20

Aprovado em: 2018.09.22

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.3016

RESUMO: O artigo analisa e discute a constitucionalidade da busca judicial domiciliar pela Polícia Militar, utilizando-se a metodologia teórico-dedutiva. O Poder Judiciário vem conferindo legalidade e legitimidade à Polícia Militar para a execução da busca domiciliar, ainda que o requerimento seja solicitado pela própria Corporação Militar. Contudo, os resultados da pesquisa demonstram que referida medida, sob o viés do Estado Constitucional, viola princípios e garantias fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito. Portanto, a pesquisa conclui pela ilicitude dos elementos de prova decorrentes da busca judicial domiciliar, pela Polícia Militar e, como consequência, o desentranhamento do processo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade humana. Busca judicial domiciliar.

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE JUDICIAL SEARCH DOMICILIARY BY THE MILITARY POLICE

SUMMARY: The article analyzes and discusses the constitutionality of domestic judicial search by the military police, through the theoretical-deductive methodology. The Judiciary gives legality and legitimacy to the Military Police for the execution of the domestic judicial search, even if the Military Corporation itself requests the request. However, the results of the research demonstrate that this measure, in view of the Constitutional State, violates fundamental principles and guarantees, pillars of the Democratic State of Law. Therefore, the research concludes by the unlawfulness of the evidence resulting from the domestic judicial search by the Military Police and, as a consequence, the removal of the process.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Domestic judicial search.

INTRODUÇÃO

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. (STRECK, 2008, p. 9).

Inquestionavelmente, os valores de um Estado Democrático de direito devem ser observados pelos Estados, uma vez que se traduzem em comandos constitucionais inseridos dentro dos respectivos ordenamentos jurídicos (GOMES; MARQUES, 2017, p. 143). Nessa perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor suprapositivo, pois a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais. Assim, uma vez violado um direito fundamental, significa dizer que a própria dignidade da pessoa humana foi transgredida (MAGALHAES FILHO, 2004, p. 206).

¹Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"
Professor de Direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda

²Graduanda em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda

Neste sentido, a figura do Estado Democrático de Direito visa limitar os espaços de arbítrio e opressão, a fim de evitar novos holocaustos, constituído em um tipo de ordenamento no qual o poder público está rigidamente limitado e vinculado à lei adequada à normatividade constitucional, tanto no plano substancial (relativo aos conteúdos relevantes) quanto no plano processual/procedimental (relativo às formas processualmente vinculantes). (CASARA, 2017, p. 35).

Contudo, apesar da Constituição Federal brasileira, denominada Constituição Cidadã, estar em vigor desde 1988, constituída sob a bandeira do Estado Democrático de Direito, fundada em pilares como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ao menos nas duas últimas décadas, houve uma transformação regressiva bastante notável, máxime no campo da chamada política criminal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionista, passou-se a discutir a expansão do poder punitivo, com o qual o tema do inimigo da sociedade veio ao primeiro plano de discussão. Assim, ao ser considerado inimigo (acusado) lhe é negado o direito de ter suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, as garantias que hoje estabelece o direito internacional dos direitos humanos. (ZAFFARONI, 2006, p. 3).

Neste cenário, princípios e garantias fundamentais, como: dignidade da pessoa humana; liberdade; presunção de inocência; intimidade; vida privada; inviolabilidade de domicílio; tornam-se descartáveis, alcançando até mesmo o Poder Judiciário guardião (deveria ser) dos direitos e garantias fundamentais, mas que contaminado por discursos de ódio forjados na opinião pública (senso comum), vê-se inserido como órgão do aparelho repressivo estatal, elegendo práticas autoritárias, à margem do texto constitucional, verificando-se uma verdadeira confusão (unificação) entre acusador-julgador, típica do período inquisitivo.

Nessa acepção, práticas como: execução da pena de inocentes (antes do trânsito em julgado da sentença condenatória); condução coercitiva de indiciados para interrogatório; cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela polícia militar, tornam-se corriqueiras em nosso cotidiano, mas deveriam ser?

Não obstante, nunca se prendeu tanto em *terrae brasilis*, conquanto o índice de criminalidade aumenta a cada dia, bem como a taxa de reincidência, demonstrando que a expansão (a qualquer custo) do poder punitivo, não soluciona o problema da violência, mas reproduz ainda mais violência no sistema carcerário. (RAVAGNANI; NEVES; ITO, 2017, p. 120).

Neste diapasão, a partir dessas considerações, através da metodologia teórico-dedutiva, o presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, pela Polícia Militar, à luz do Estado Constitucional.

1 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

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

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).

Portanto, a busca é um procedimento processual penal, que consiste na procura ou revista, com o objetivo de verificar ou localizar pessoa ou coisa, com o fito de apurar a prática de eventual infração penal e sua autoria.

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, que visa a prisão de algo ou alguém, com vistas ao fornecimento de elemento informativo ao titular da ação penal, para o oferecimento da ação penal, ou mesmo para restituição ao seu legítimo dono.

A busca será domiciliar ou pessoal, nos termos do art. 240, do Código de Processo Penal. A busca domiciliar poderá ser utilizada para prender criminosos e objetos adquiridos de forma ilícita ou que possam ter envolvimento com o crime praticado e que sejam alvo de investigação, conforme o § 1º do art. 240, do Código de Processo Penal. Proceder-se-á à busca pessoal, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo objetos adquiridos de forma ilícita ou necessários à prova de infração, segundo o § 2º do art. 240, do mesmo diploma legal.

Com relação ao momento de sua realização, a busca e apreensão poderá ocorrer em momento anterior ou durante o inquérito policial, bem como durante a ação penal e a execução da pena.

No tocante aos requisitos para o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, segundo Feitoza:

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 ou da noite 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).

Segundo o art. 244, do Código de Processo Penal, quanto à busca pessoal, independará de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma ou objetos ilícitos, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Com efeito, a inviolabilidade do domicílio é garantida pela Constituição Federal de 1988, que assegura a casa como asilo inviolável do indivíduo, nos termos do artigo 5º, inciso 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).

Neste sentido, a fim de assegurar a inviolabilidade do domicílio, o Código Penal brasileiro tipificou o delito de violação de domicílio em seu art. 150, nos seguintes termos: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”, com pena de detenção de um a três meses. Do mesmo modo, seguindo o mandamento constitucional, o parágrafo terceiro do art. 150 do Código Penal, preceitua não constituir crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências durante o dia, para fins de cumprimento de mandado de busca e apreensão, seja para efetuar diligência ou prisão, e a qualquer hora do dia ou da noite, quando um crime estiver sendo praticado ou em sua iminência de o ser.

Torna-se necessário, portanto, compreender o conceito de casa, o qual segundo Ferreira constitui:

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).

Compreende-se, outrossim, que os ambientes públicos não se encaixam como domicílio inviolável, pois são de total acesso a qualquer pessoa, do mesmo modo, os compartimentos comerciais que atendam ao público. Assim, a inviolabilidade de domicílio, 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 para o desenvolvimento de sua personalidade.

Na hipótese de flagrante delito, o ingresso no domicílio pode ocorrer tanto durante o dia ou noite, podendo ser ingressado por qualquer pessoa, sem necessidade de autorização do morador, para fins de cessar a prática criminosa.

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial:

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).

Com efeito, com relação aos casos em que o cumprimento do mandado teve início no período diurno e estendeu-se até a noite, não ocorre nenhum prejuízo, pois o que realmente importa, é o momento em que se iniciou o ato. Desse modo, consoante 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).

Neste diapasão, portanto, para a expedição do mandado de busca e apreensão domiciliar pela autoridade judiciária, visando sempre resguardar a garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio, faz-se mister ponderar a medida a partir de sua necessidade e adequação ao caso concreto, devendo estar lastreada nos elementos informativos colhidos na investigação preliminar pela polícia judiciária, sendo imprescindível para a validade do ato que o mandado judicial esteja devidamente fundamentado, conforme o art. 93, IX, da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

2 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR

O vocábulo polícia advém do grego “politeia”, que significava a administração da “polis” (cidade). (TÁCITO, 1997, p. 521). Atualmente, esta palavra é utilizada para fazer referência ao órgão estatal de segurança pública subordinado ao Poder Executivo.

Segundo Bonfim (2011, p. 131), a polícia “é o órgão estatal incumbido de prevenir ocorrência de infrações penais, apurar 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,

bem como apuração da respectiva infração penal e sua autoria.

De acordo com Assis:

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 estadual encontra-se dividida em duas: Polícia Civil e Polícia Militar, sendo que compete à primeira as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais e respectiva autoria e à segunda, o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, conforme dispõe a Constituição Federal, em seu art. 144, no capítulo atinente à segurança pública.

Com relação à atividade pertinente da polícia militar, entende-se que esta tem o dever de proteger a sociedade, buscando sempre prevenir a ocorrência da prática criminosa. De acordo com Agra (2002, p. 583): “a polícia militar tem uma função preventiva, executando o policiamento ostensivo para manter ou restabelecer a ordem pública e garantir o cumprimento da lei.” Assim, cabe à Polícia Militar o policiamento ostensivo, com o intuito de buscar sempre preservar a ordem pública, isto é, antes da ocorrência do delito.

Segundo Lazzarini, no tocante às 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).

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).

Desse modo, segundo Bonfim, compete à Polícia Militar atuar de maneira preventiva, visando impedir a ocorrência da prática delituosa, sendo que, excepcionalmente, exercer a função de polícia judiciária no tocante a apuração de crimes de natureza militar, na forma do Código de Processo Penal Militar.

Consoante Greco compete à Polícia Militar:

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).

Assim, caberia à Polícia Militar não apenas o papel de prevenir a prática da infração penal, bem como exercer as tarefas de investigação criminal, as quais seriam, inicialmente, atinentes à Polícia Civil.

Portanto, a função da Polícia Militar é a de exercer o policiamento ostensivo, com o fito de garantir a preservação da ordem pública, visando sempre impedir a ocorrência da prática delitiva, sendo que a doutrina vem entendendo competir, excepcionalmente, à polícia militar também a função investigativa de apurar a prática da infração penal e respectiva autoria.

Com efeito, no tocante à competência funcional da Polícia Civil, a Constituição Federal, em seu artigo 144, § 4º, determina que: “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). Desse modo, a Polícia Civil possui a missão constitucional de exercer as funções de polícia judiciária no âmbito estadual, bem como a apuração de infrações penais e a respectiva autoria.

Segundo Feitoza (2010, p. 172): “as polícias civis são polícias judiciárias, e não polícias de segurança. Atuam de maneira “repressiva”, no sentido de perseguir criminalmente o fato delituoso que já ocorreu.” Logo, cabe à Polícia Civil atuar perante a sociedade de maneira a investigar a ocorrência do delito e sua respectiva autoria, com o fito de fornecer os elementos informativos ao titular da ação penal, para que possa ingressar em juízo.

Neste sentido, Feitoza (2010, p. 170-171) complementa que o artigo 144, § 4º, da Constituição Federal, incumbiu às polícias civis a função de polícia judiciária e de apuração da infração penal e sua autoria, classificando como “polícia judiciária” a atividade de auxílio ao Poder Judiciário no cumprimento de determinações judiciais, de modo que a função de apuração da infração penal e da autoria seria denominada “polícia investigativa”, ambas pertencentes a mesma polícia, isto é, a polícia civil. Assim, entende-se que a Polícia Civil tem como papel o auxílio ao Poder Judiciário (polícia judiciária), bem como a apuração da prática de infrações penais e suas respectivas autorias (polícia investigativa).

Portanto, é pacífico e uniforme o entendimento da missão constitucional da Polícia Civil de exercer, ressalvada a competência da União através da Polícia Federal, a função de polícia judiciária, auxiliando o Poder Judiciário no cumprimento das decisões judiciais, bem como seu papel de investigativa, apurando as infrações penais e, conseqüentemente, suas respectivas autorias.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR PELA POLÍCIA MILITAR

A Constituição Federal, portanto, atribui à Polícia Civil a missão constitucional de exercer, ressalvada a competência da União através da Polícia Federal, as funções de polícia judiciária no âmbito estadual, bem como a apuração das infrações penais e respectivas autorias, exceto as militares. No tocante à competência constitucional da Polícia Militar, foi estabelecido pela Magna Carta o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Com efeito, apesar da Constituição Federal determinar, claramente, as funções das polícias civis e militares, tornou-se, hodiernamente, prática comum no âmbito das decisões do Poder Judiciário, a

expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar a ser realizado pela Polícia Militar, em que pese a Constituição Federal resguardar as funções de polícia judiciária apenas e tão somente a Polícia Civil.

Nesta quadratura, o entendimento que vem sendo pacificado pela jurisprudência dos tribunais superiores e estaduais é pela constitucionalidade e legalidade do cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar.

Neste sentido, o entendimento do 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. (STF, HC 91.481, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, 2008).

Assim, a Suprema Corte entende pela constitucionalidade e licitude do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, realizado pela Polícia Militar, sendo que, inclusive, é possível sua expedição por requerimento da Corporação Militar, sem que isto invalide ou torne ilícitas as provas cautelares resultantes da diligência, conforme o Recurso Extraordinário n. 404.593, *in verbis*:

[...] 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. (STF, Recurso Extraordinário 404.593/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, 2009).

Logo, o STF entende que o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, pela Polícia Militar, não configura usurpação da competência constitucional da Polícia Civil, eis que o cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar não constitui ato de investigação, inerente às atividades da polícia civil.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal não possuir efeito vinculante aos demais órgãos do judiciário, alinhou-se ao entendimento da Suprema Corte, entendendo que o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, realizado pela polícia militar, possui legalidade e não afronta a Constituição Federal, *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. INDIGTADA OFENSA AO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÁCULA NÃO CONSTATADA. ORDEM DENEGADA. [...] 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. (STJ, HC 131.836/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, 2011).

Registra-se que no aludido precedente do STJ, inclusive, havia medidas cautelares de interceptações telefônicas em curso, requeridas pelo Ministério Público, sendo que no momento do cumprimento dos mandados de busca e apreensão domiciliar, foi determinado que a Polícia Militar realiza-se o cumprimento.

No mesmo sentido, entendendo pela constitucionalidade e legalidade do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, pela polícia militar, os seguintes entendimentos jurisprudenciais dos tribunais estaduais: Tribunal de Justiça do Paraná, HC 1209377-7; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, HC 00126688120128190000; Tribunal de Justiça do Maranhão, Apelação n. 0310942014; Tribunal de Justiça do Pernambuco, Apelação n. 7015020118170640; Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Habeas Corpus n. 10000130278583000.

Lado outro, apesar dos tribunais serem praticamente uniformes pela constitucionalidade e validade da busca e apreensão domiciliar realizada pela Polícia Militar, ainda é possível encontrar entendimento em sentido contrário, conforme o Habeas Corpus nº 70047333448, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. DEFERIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO TENDO POR ÚNICA BASE UMA NOTITIA CRIMINIS ANÔNIMA. SOLICITAÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PELO COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR E EXECUTADO PELA POLÍCIA MILITAR, EM ATIVIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA CIVIL. ARTIGO 144 E SEUS PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILICITUDE PROBATÓRIA RECONHECIDA. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. No caso concreto, diante de uma notitia criminis anônima, o Comandante da Polícia Militar sugeriu ao Ministério Público a solicitação de um mandado de busca e apreensão, quem o requereu à autoridade judicial. Deferido, o mandado de busca e apreensão foi entregue à polícia militar, quem o executou, em atividade de investigação de atribuição da polícia civil. Ministério Público e polícia civil não acompanharam a execução. 2. A notitia criminis anônima possui entidade para desencadear uma averiguação do fato noticiado, mas não se reveste de potencialidade suficiente para dar suporte a medidas de investigação que interfiram de forma insidiosa em direitos fundamentais, como no caso em tela, com o ingresso em residência de cidadãos, sem qualquer outra averiguação a dar credibilidade ao anonimato, vedado pela Constituição Federal. Nesse sentido já decidiu o STF – precedente citado no corpo do voto. 3. Segundo o artigo 144 e seus parágrafos, da Constituição Federal, a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum. Ordem de Habeas Corpus deferida, por maioria. (TJRS, HC 70047333448/RS, Redator Nereu José Giacomolli, 3ª Câmara Criminal, 2012).

Desse modo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em consonância com a Constituição Federal, considerou ilícitos os elementos de provas colhidos na busca domiciliar, bem como determinou o desentranhamento de todos os elementos informativos decorrentes da busca e, por fim, expediu o competente alvará de soltura à paciente, nos termos do voto do Desembargador vencedor Nereu Giacomolli. (TJRS, 2012).

Portanto, a jurisprudência majoritária, seguindo o precedente do Supremo Tribunal Federal, preceitua pela constitucionalidade, legalidade e legitimidade da Polícia Militar exercer o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, embora o requerimento seja solicitado pela Corporação Militar, ainda que desacompanhada da Polícia Civil e do Representante do Ministério Público.

Com efeito, seguindo o posicionamento majoritário jurisprudencial, a corrente doutrinária majoritária também entende pela constitucionalidade e legalidade do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar, ainda que requerido pela própria Corporação Militar.

Neste sentido, segundo Feitoza:

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).

Assim, segundo Feitoza (2010, p. 250), a função de cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar expedido pela autoridade judiciária, não é tarefa exclusiva da Polícia Civil, derivando a legalidade do cumprimento pela Polícia Militar de seu dever de prender quem esteja em flagrante delito, sem significar, necessariamente, uma tarefa atinente a investigação criminal, sendo considerada lícita os elementos de prova decorrentes da busca domiciliar.

Para Nucci, a Polícia Militar pode exercer o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, desde que a medida seja excepcionalíssima, respeitando a distribuição de tarefas previstas no art. 144, da Constituição Federal:

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. [...] 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) (NUCCI, 2009, p. 542-543).

Desse modo, a corrente majoritária entende que a Constituição Federal ao prever a estrutura da segurança pública e a distribuição de tarefas atinentes a cada órgão policial, não determinou exclusivamente a Polícia Civil a tarefa de polícia judiciária, bem como as funções inerentes à investigação, a exemplo dos requerimentos e cumprimentos de mandados de busca e apreensão domiciliar, competindo à Polícia Militar referidas medidas, em sua missão constitucional de preservar a ordem pública, não havendo, desta feita, afronta a Magna Carta.

Contudo, seguindo posicionamento diverso, entendendo ser tarefa exclusiva da Polícia Civil, sustenta Cleunice Pitombo (2015, p. 177): “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.” Neste diapasão, ao atuar no cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, a Polícia Militar estaria usurpando a função pública da Polícia Civil, em clara e manifesta afronta a Constituição Federal.

Em suma, a corrente doutrinária majoritária, alinhando-se ao precedente do Supremo Tribunal Federal, compreende que o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar é plenamente constitucional e legal, constituindo função inerente ao dever da Polícia Militar de efetuar eventual prisão em flagrante delito, bem como de preservação da ordem pública.

Em que pese o entendimento majoritário, jurisprudencial e doutrinário, considerando validade ao cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar, entendemos que a missão

constitucional de exercer as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais e sua autoria estão afetas à Polícia Civil, no âmbito estadual, exceto as militares.

Destarte, a tarefa de cumprir mandados de busca e apreensão domiciliar compete apenas e tão somente à Polícia Civil, ora exercendo a sua função judiciária (polícia judiciária) e ora a função investigativa no exercício de apuração de eventual infração penal e sua autoria (polícia investigativa), conforme claro mandamento constitucional, segundo o art. 144, § 4º, da Constituição Federal.

Assim como, compete, com exclusividade, à Polícia Federal o cumprimento de mandados de busca e apreensão domiciliar, no âmbito dos delitos envolvendo a competência da União, seja exercendo sua função judiciária (polícia judiciária federal), seja exercendo sua função investigativa no exercício de apuração de eventual infração penal contra a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas (polícia investigativa federal), nos termos do art. 144, § 1º, da Constituição Federal.

Ora, seguindo os argumentos da corrente majoritária de que a atuação da Polícia Militar, no cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, não fere a competência constitucional da Polícia Civil, resta-nos indagar: a) compete também à Polícia Militar cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar afeto à competência da Polícia Federal? b) não estaria a Polícia Militar atuando na preservação da ordem pública? c) não seria a preservação da ordem pública a finalidade precípua da segurança pública?

Obviamente, referidos argumentos não prosperam quanto à possibilidade da Polícia Militar exercer as funções da polícia federal, sendo que, por conseguinte, faz-se mister reconhecer, ter o legislador constituinte estabelecido, taxativamente, atribuições distintas, que vedam a Polícia Militar exercer as funções constitucionais atribuídas à Polícia Civil.

Por fim, referida interpretação, feita às margens do Estado Constitucional, também viola um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88), o qual condiciona a atuação dos agentes públicos ao limite legal, razão a qual não basta a ausência de proibição, mas sim a determinação legal para a realização do ato, sob pena de constrangimento ilegal, máxime em se tratando de direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, intimidade, vida privada e inviolabilidade de domicílio, princípios fundamentais explícitos consagrados na Constituição Federal, os quais são (deveriam ser) preservados e efetivados pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário vem conferindo legalidade e legitimidade à Polícia Militar para a execução de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, ainda que requerido pela própria Corporação Militar, prescindindo do acompanhamento da autoridade policial (Delegado de Polícia) e do Representante do Ministério Público (Promotor de Justiça), sob o fundamento, de que referida medida, não é inerente às atividades da Polícia Civil, seja em sua função judiciária (polícia judiciária), ou mesmo em sua função investigativa (polícia investigativa), conferindo validade aos elementos de provas decorrentes da medida, inexistindo afronta a Constituição Federal.

Com efeito, apesar do entendimento majoritário, quase unânime, tanto por parte da jurisprudência, bem como da doutrina, conferindo validade e legitimidade à Polícia Militar para executar o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, defendemos que referida medida configura manifesta e inequívoca usurpação das funções constitucionais da Polícia Civil, ainda que referida medida fosse excepcionalíssima, sendo que os elementos de informação colhidos na medida cautelaratória devem ser

considerados manifestamente ilícitos, nos termos do art. 5º, LVI, da Magna Carta, com o consequente desentranhamento do processo, sujeito ainda a expedição de alvará de soltura ao autuado/indiciado, caso se encontre preso.

Outrossim, conforme o precedente do Superior Tribunal de Justiça discutido no trabalho, HC 131.836/RJ, diante de uma investigação tão complexa, a qual foi inclusive determinada quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal, por que, exatamente no cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, foi determinado à Polícia Militar o seu cumprimento? Qual o motivo da referida diligência não ter sido atribuída à Polícia Civil, que possui determinação expressa pela Constituição Federal? A “troco” de quê? Ou para quem interessa referida medida?

Obtempere-se, tratar-se de questão envolvendo direitos e garantias fundamentais, os quais são inerentes ao Estado Democrático de Direito, caracterizado pela existência de limites rígidos ao exercício do poder: a) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); b) *status libertatis* (art. 5º, caput, CF/88 c.c. art. 7º, Pacto de São José da Costa Rica c.c. art. 3º, Declaração Universal dos Direitos Humanos); c) princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88); d) intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF/88); e) inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XII, CF/88 c.c. art. 12, Declaração Universal dos Direitos Humanos); f) propriedade (art. 5º, XXII, CF/88 c.c. art. 17, Declaração Universal dos Direitos Humanos); g) *due process of law* (art. 5º, LIV, CF/88); h) vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/88); i) princípio favor rei (*in dubio pro reo*, art. 5º, LVII, CF/88); j) princípio da oficialidade (Polícia Judiciária art. 144, § 1º, IV e § 4º, CF).

Visão oposta, ao quadro narrado, é típica de regimes autoritários, nos quais prevalecem: a) cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela polícia militar; b) execução provisória da pena (de inocentes) antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; c) mandado de busca domiciliar coletivo; d) pronúncia baseada no denominado *in dubio pro societate*; e) subtração da polícia civil para investigar homicídios dolosos praticados por policial militar; f) decretação da prisão para fins de delação; g) delação premiada como *conditio sine qua non* para a liberdade; h) decisão judicial “fundamentada” na opinião pública; i) utilização indevida das forças armadas para o exercício de tarefa constitucional das polícias estaduais; j) relativização das prerrogativas do advogado como defensor da liberdade do acusado; k) exigência de exame criminológico para progressão de regime; l) realização de audiência de custódia como mera formalidade legal; m) conversão da prisão em flagrante em preventiva como regra no direito processual penal pátrio; n) ao acusado pertence o ônus de provar sua inocência; o) magistrado como integrante do aparelho repressivo de segurança pública do Estado; p) redução da maioria penal e o aumento da pena privativa de liberdade como remédios para a violência; q) necessidade do policial atingir metas de flagrante; r) busca pessoal ausente de razões concretas e fundadas; s) compromisso do magistrado com pautas morais e não constitucionais.

Portanto, a nós, tendo em vista que a Constituição Federal ainda proclama (vivemos?) em Estado Democrático de Direito, apenas respeitando e zelando pela efetivação dos direitos humanos fundamentais, obstáculos ao limite do exercício do poder, é que será possível almejar os objetivos do Estado Constitucional de construir uma sociedade livre, justa, solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, bem como promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSIS, J. C. de.. **Lições de direito para a atividade policial militar**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BONFIM, E. M. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. 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 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 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 jan. 2018.

BRASIL. 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=baseMonocratica>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **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 jan. 2018.

BRASIL. 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 jan. 2018.

CASARA, R. R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

FEITOZA, D. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus. 2010.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, E. B.; MARQUES, S. dos R. B. A democracia no Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos: a importância da cláusula democrática da Organização dos Estados Americanos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 3, p. 123-150, set./dez., 2017. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1524/742>. Acesso em: 05 mar. 2018.

GRECO, R. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. Niterói: Impetus, 2010.

LAZZARINI, Á.. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHAES FILHO, G. B. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

NUCCI, G. de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PITOMBO, C. A. V. B.. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70047333448/RS**, Red. Des. Nereu José Giacomolli, Terceira Câmara Criminal, 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22020959/habeas-corporus-hc-70047333448-rs-tjrs>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

RAVAGNANI, C. A.; NEVES, B. H.; ITO, J. L. Pena de prisão: cerceamento da liberdade ou perda da dignidade humana?. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo07.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TÁCITO, C. **Temas de Direito Público** (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TOURINHO FILHO, F. da C.. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

ZAFFARONI, E. R. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires, 2006. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa03.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2018.