

Análise dogmática e jurisprudencial dos limites da busca e apreensão de bens de terceiros não especificados no mandado à luz da jurisprudência do STJ e STF

DOI: 10.31994/rvs.v11i2.690

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro¹

Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana²

RESUMO

O objetivo do artigo é analisar o instituto da “busca e apreensão” no que tange aos bens de terceiros não especificados no mandado. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada foi uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que é válida e lícita a apreensão de bens de terceiros não especificados no mandado, desde que mantenham relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, independentemente de serem ou não investigados.

PALAVRAS-CHAVE: BUSCA E APREENSÃO. BENS. TERCEIROS.

¹Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Penal e Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-6243-2824>> jessicabr2017@gmail.com

² Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. < <https://orcid.org/0000-0002-5634-2099>> g.sidrônio.adv@hotmail.com

Dogmatic and jurisprudential analysis of the limits of the searching and seizing third party property not specified in the command in the light of the STJ and STF jurisprudence

ASBTRACT

The purpose of the article is to analyze the “search and seizure” institute with respect to third party assets not specified in the warrant. It is a descriptive research, whose methodology used was bibliographic research, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the seizure of third party assets nor specified in the warrant is valid and lawful, provided that they maintain a close physical relationship with the investigated person because they live in the same house or have the same professional address, regardless of whether or not they are investigated.

KEYWORDS: SEARCH AND SEIZURE. PROPERTY. THIRD PARTIES.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o instituto jurídico da “*busca e apreensão*”, mais precisamente a posição dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) diante do problema da busca e apreensão de bens de terceiros que não constam expressamente no mandado judicial. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, utilizando, como fontes, livros, jurisprudência, trabalhos e artigos acadêmicos. Tem-se como problematização se a apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, cuja busca não foi especificada no mandado, é legal ou ilegal, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Como hipótese a ser testada, tem-se que é possível a busca e apreensão de bens de terceiro, desde que mantenham relação física de proximidade com o

investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, independentemente de serem ou não investigados.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o instituto da “busca e apreensão”, sua conceituação, características e natureza jurídica. Temos que há distinção entre o instituto da busca e o instituto da apreensão, e que, apesar de comumente citadas em conjunto, uma não se confunde com a outra. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, seja para preservar elementos probatórios, seja para assegurar a reparação do dano proveniente do crime. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata das modalidades e requisitos necessários para a “busca e apreensão”. A busca e apreensão se dividem em duas modalidades: a busca e apreensão domiciliar e a busca e apreensão pessoal. Os requisitos para a diligência constam no art. 243 do Código de Processo Penal, o qual será analisado no presente estudo.

Por fim, no terceiro tópico, há a análise da “busca e apreensão” de bens de terceiros estranhos ao mandado, de acordo com o entendimento do STJ e STF. Assim, analisa-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal Pet-AgR 5173 e o acórdão do Superior Tribunal de Justiça AGRRHC – 45267.

1 BUSCA E APREENSÃO: CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA

Busca e apreensão é meio de prova cautelar, pois tem como objetivo acautelar os meios probatórios (pessoas, coisas, animais) que não estejam à extensão espontânea da Justiça. Constituem-se como modalidade excepcional dos meios de prova, pois que a sua execução implica na quebra da inviolabilidade do domicílio e da intimidade pessoal (PACELLI, 2017). Deve-se, portanto, segundo Pacelli (2017) tanto na fase de investigação quanto na fase de ação penal, ponderar acerca da necessidade e da urgência de tal medida.

Missaggia (2002, p. 80) diz ainda que o instituto da busca e apreensão se caracteriza como:

Medidas judiciais ou de polícia judiciária restritivas de direitos fundamentais (domicílio, propriedade, posse, intimidade, sigilo) não sujeitas, necessariamente, aos pressupostos das medidas cautelares, ou seja, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, cuja finalidade consiste, no caso da busca, em descobrir coisas, pessoas ou indícios do fato investigado, para apreendê-los (ou registrá-los) ou prendê-las e, no caso da apreensão, em assegurar elementos que importam à instrução.

Segundo Lopes Júnior. (2020), a sistemática do Código de Processo Penal, ao tratar da “busca e apreensão” não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura os conceitos de “medida cautelar” e de “meio de prova. O referido Código, ainda, unifica dois institutos jurídicos diversos: o instituto da busca, e o instituto da apreensão. Para o doutrinador, os institutos, apesar de diferentes, foram tratados de forma unificada. Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado), e nem sempre a apreensão decorre da busca (pois pode haver a entrega voluntária do bem).

Igual análise possui Missaggia (2002) ao afirmar que a busca e a apreensão são institutos diferentes, podendo um existir sem o outro. No entanto, ocorreu, ao longo dos anos, a fusão semântica entre eles, da mesma forma como ocorreu com “perdas e danos”. Ainda assim, segundo este doutrinador, apesar da autonomia dos dois institutos, a ilegalidade da busca implicará na ilegalidade da apreensão.

Para Bastos Pitombo (2005), a busca é uma medida instrumental, meio de obtenção da prova, que visa encontrar pessoas ou coisas, enquanto 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).

Seguindo o raciocínio, assevera Souza (2020) que o instituto da busca é uma pesquisa, uma procura, uma investigação, efetuada por autoridade competente, de qualquer material que possa ser utilizado na persecução criminal, constituindo-se um

meio coercitivo de obtenção de coisas e pessoas, e por isso, uma exceção às garantias individuais, corroborando os entendimentos antes esposados. Alega ainda que concerne ao instituto da busca a natureza cautelar, possuindo, portanto, as mesmas características das outras cautelares, como: instrumentalidade, assessoriedade, homogeneidade e jurisdicionalidade.

Segundo Souza (2020), as características da instrumentalidade e da assessoriedade dizem respeito à necessidade do processo (existente ou futuro) de ser suprido por provas e pessoas para a elucidação dos fatos. A jurisdicionalidade se refere à necessidade de haver autorização para a restrição das garantias constitucionais como forma de validação do ato. A homogeneidade (ou proporcionalidade) exige uma série de requisitos aos quais deve estar relacionado o conteúdo do mandado judicial, devendo ele fundamentar os motivos, especificar o local a ser vasculhado e o nome da pessoa que sofrerá a medida.

O instituto da apreensão, por sua vez, tem como finalidade retirar o objeto, ou qualquer outra coisa que sirva à persecução criminal, da posse ou do local onde se encontra para garantir a sua integridade e proteção, e para que não venha a se perder. Tal medida garantirá que 1) possa se chegar o mais próximo possível da verdade real; e 2) possa ser restituído à vítima ou terceiro de boa-fé (SOUZA, 2020). Dutra (2007) explica que a natureza acautelatória da apreensão advém da prevenção que se gera ao se resguardar o objeto, ou outra coisa, do perecimento decorrente da própria demora da instrução processual.

Portanto, é de fácil compreensão a distinção entre busca e apreensão. Como coloca Missaggia (2002, p. 82):

A distinção entre busca e apreensão parece ser uma evidência. A apreensão da coisa ou da pessoa vítima, prisão de acusados ou coleta de indícios, entretanto, é a própria *ratio* da busca. Embora subjacente à busca uma intenção de apreensão ou prisão da coisa ou pessoa investigada ou apropriação de indícios do fato investigado, a busca e a apreensão são noções que não se confundem, pois guardam uma certa autonomia e, às vezes, caracterizam-se como medidas absolutamente independentes.

Para Nucci (2020), apesar de colocados juntos e, como regra, serem utilizados dessa maneira no processo, busca e apreensão são termos diferenciados. “*Busca*” significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. “*Apreensão*” é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos.

Desse modo, conclui-se que há distinção entre o instituto da busca e o instituto da apreensão. Apesar de comumente citadas como se fosse uma coisa só, a busca não se confunde com a apreensão. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, seja para preservar elementos probatórios, seja para assegurar a reparação do dano proveniente do crime. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial (LIMA, 2019).

2 MODALIDADES E REQUISITOS

Tanto a busca como a apreensão podem ocorrer no curso do inquérito policial ou durante o processo, e, excepcionalmente, até na fase de execução da pena, nos termos do art. 145 da Lei de Execução Penal (LOPES JÚNIOR., 2020).

A busca e apreensão se divide em duas modalidades a depender de sua finalidade: a busca e apreensão domiciliar e a busca e apreensão pessoal. Segundo Lima (2019), a busca domiciliar depende, pelo menos em regra, de prévia autorização judicial (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988), enquanto a busca pessoal dispensa a exibição de mandado de busca.

A busca (seja domiciliar ou pessoal), conforme lembra Lopes Júnior. (2020), encontra-se em constante tensão com a inviolabilidade do domicílio, a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo. Por isso, deve-se sempre buscar a ponderação e o equilíbrio, evitando-se o excesso de intervenção.

Com efeito, a necessidade de mandado para a busca domiciliar está fundamentada na inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988. Todavia, tal inviolabilidade não possui caráter absoluto. Deprendemos da própria redação do artigo constitucional que é possível a violação do domicílio nos casos de flagrante delito, para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. Afinal, as liberdades públicas não são incondicionais, devendo ser exercidas de maneira harmônica e com observância dos limites previstos na Constituição, no que tange às cláusulas de reserva de jurisdição (LIMA, 2019). Convém lembrar o que ensina Nucci (2020, p. 932) sobre a inviolabilidade do domicílio:

Preceitua o art. 5.º, XI, da Constituição Federal que “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”, razão pela qual buscas domiciliares, em se tratando de processo penal, somente poderão ser feitas nas seguintes situações: a) durante o dia, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante a noite, com ou sem mandado judicial, mas com autorização do morador; d) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador. As outras hipóteses constitucionais não se destinam ao processo penal (desastre e prestação de socorro).

A busca pessoal, comumente denominada de “revista”, ocorre em pessoas, quando o objeto procurado esteja com a própria pessoa ou esteja sendo carregado por ela. Essa modalidade é frequentemente realizada sem mandado judicial por força do artigo 244 do Código de Processo Penal, pois que permite que a autoridade realize a revista no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja em posse de objetos que constituam corpo de delito, ou ainda quando

determinada na busca domiciliar (SOUZA, 2020). Missaggia (2002) explica que “a busca assim efetuada, com ou sem mandado judicial, exige que estejam presentes os motivos razoáveis, ou seja, motivos ancorados em fatos, de que a pessoa esconda algo em seu corpo ou pertence”.

A busca domiciliar ocorre quando o objeto procurado está ao abrigo de determinada pessoa, podendo ser ao abrigo de casas, escritórios, ou quaisquer outros compartimentos de residências particulares, habitações coletivas e locais onde se exerça profissão, ou que não sejam abertas ao público em geral. Ela deve ser realizada por autoridade judiciária ou policial, devendo esta estar munida de mandado judicial quando não se tratar de flagrante delito (no flagrante delito será dispensável). Por óbvio que, caso o morador consinta (de forma livre e expressa), poderão as autoridades procederem à busca sem mandado, sendo aconselhável, nesses casos, que as autoridades policiais realizem o ato com o registro de um “termo de consentimento livre e expresso do morador” com a assinatura de duas testemunhas (CABRAL, 2020).

Importante destacar que a doutrina entende que o ambiente automotivo só se torna inviolável quando utilizado como moradia, assim aplicando o doutrinador Nucci (2020, p.936):

O veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião etc.) é coisa pertencente à pessoa, razão pela qual deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial. A única exceção fica por conta do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os *trailers*, cabines de caminhão, barcos, entre outros.

Com efeito, não é aconselhável que o próprio Juiz faça as diligências de busca e apreensão, sob pena de violação do sistema acusatório (ALVES, 2014). Todavia, há os que discordam de tal afirmação, a exemplo de Nucci (2020, p. 950):

Não mais vige a possibilidade da autoridade policial, pessoalmente e sem mandado, invadir um domicílio, visto que a Constituição Federal garantiu a necessidade de determinação judicial. O juiz, obviamente, quando acompanha a diligência, faz prescindir do mandado, pois não teria cabimento ele autorizar a si mesmo ao procedimento da busca.

Já para Lopes Júnior (2020, p. 821), o cumprimento da diligência de “busca e apreensão”, pelo Juiz, pessoalmente, é inconstitucional:

Dessarte, é imprescindível a prévia e fundamentada expedição do mandado, não a suprimindo a presença física do juiz no ato (o que, a rigor, não poderia acontecer, pois não cabe ao juiz uma postura policialesca). Por esses mesmos argumentos, acrescidos do que dissemos anteriormente sobre o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador, é inconstitucional a busca e apreensão determinada (ou realizada) de ofício pelo juiz. Ademais, tal dispositivo está tacitamente revogado pelo art.3º-A, que recepcionou expressamente a estrutura acusatória que é incompatível com a atuação de ofício por parte do juiz.

A busca sempre será de dia (das seis da manhã às dezoito horas), a não ser que o morador consinta que seja pela noite. Segundo Távora e Alencar (2009), esse horário sofrerá modificações de acordo com o horário de verão, além disso, iniciando-se a busca dentro do horário especificado, a autoridade poderá se estender para além das dezoito horas para que não haja prejuízo às investigações. Caso a autoridade perceba que as diligências se estendam por tempo irrazoável, deverá ela encerrar o procedimento de busca por hora e se cercar de todas as medidas cabíveis para assegurar que os objetos procurados não sejam destruídos, danificados, sonogados ou removidos do local, podendo, inclusive, fazer campana em frente ao imóvel.

Quanto às fundadas razões que ensejariam a decretação da busca e apreensão pelo juiz, Nucci (2020, p. 937) destaca que:

Busca e, principalmente, a apreensão constituem medidas nitidamente invasivas, motivo pelo qual somente devem ser decretadas pelo juiz quando houver *razão* suficiente para tanto. Isso significa a existência de indícios razoáveis de materialidade e autoria. A busca e/ou apreensão não deve ser a primeira medida da investigação, mas a que estiver lastreada em prova pré-constituída.

O art. 243 do Código de Processo Penal determina os requisitos do mandado de busca e apreensão. Esses requisitos, necessariamente, devem estar presentes, sob pena de nulidade, na medida em que a diligência da busca e apreensão implica

uma grave restrição de direitos fundamentais. A estrita observância dos limites legais é fator legitimante da medida, até porque, ontologicamente, nada diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá em outra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias (LOPES JÚNIOR., 2020).

A respeito do que dispõe a lei, o Código de Processo Penal, no seu art. 243, inciso I, estabelece que o mandado de busca deverá

indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem.

Ainda, sobre os requisitos e especificidades da busca e apreensão, cabe aqui colacionar trecho da Portaria nº 1.287/2005, editada pelo Ministério da Justiça, que estabelece instruções sobre como deve a Polícia Federal proceder acerca de tal medida, e que conjuga em si um conjunto de medidas para diminuir os efeitos negativos da violação do domicílio:

Art. 1º Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida. Parágrafo único. A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender.

[...]

Art. 3º, § 2º Os objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos.

É notável observar que o art. 1º da supramencionada Portaria corrobora o disposto no Código de Processo Penal a respeito da necessidade de fundamentação da representação do Delegado de Polícia pela medida da busca e apreensão. Além disso, a Portaria, ao determinar que devem ser restituídos os objetos apreendidos que não tiverem relação com o fato, adota medidas para diminuir a violência dos institutos da busca e apreensão. Assim, percebe-se que os regulamentos exarados pelo Estado se encontram em consonância com a doutrina processualista penal.

Além disso, deve o Magistrado fundamentar os motivos, especificar o local a ser vasculhado e o nome da pessoa que sofrerá a medida. No entanto, tal exigência não diz respeito somente à autoridade judiciária. Conforme colacionado acima, deve também a autoridade policial, ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, indicar com a maior precisão possível o local, a finalidade da busca, os objetos que pretendem apreender; além de instruir o pedido com todos os motivos e justificações pelas quais a autorização da medida acauteladora seria necessária para apuração dos fatos.

Assim, é indispensável que o mandado de busca domiciliar expedido pela autoridade judiciária seja certo e determinado, não se admitindo a expedição de ordem judicial genérica, conferindo à autoridade policial a liberdade de escolha e de opções acerca dos locais a serem invadidos e vasculhados (LIMA, 2019). Sobre a questão, pondera Lopes Júnior (2020, p. 813) que:

Situação absolutamente ilegal a nosso sentir são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila. É inadmissível o “mandado incerto, vago ou genérico. A determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do *motivo e os fins da diligência*”, como determina o art. 243, II, do CPP.

A decisão judicial que decreta a “busca e apreensão” deve ser fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão. A inobservância dessas regras acarreta a ilicitude da prova obtida. Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação

por parte do Juiz que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca. O motivo relaciona-se com a definição do *fumus commissi delicti* e a necessidade de obter-se aquela prova para a investigação e posterior processo. Exige, ainda, que evidencie a imprescindibilidade da diligência, ou seja, que a prova não pode ser obtida por outro meio (LOPES JÚNIOR, 2020).

Os fins da diligência impõem a clara definição do que se busca, impedindo-se a busca genérica de documentos e objetos. Se possível, deve ser delimitado o(s) objeto(s) buscado(s), para evitar um substancialismo inquisitório. Por exemplo, se o que se busca é uma arma, não está a autoridade policial autorizada a buscar e apreender documentos, cartas ou computadores. Como na maioria dos casos já é sabido de antemão, o que se busca, logo que se defina o objeto (LOPES JÚNIOR., 2020).

Questão importante por ser bastante usual é quanto à apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado. Análise e problematização as quais fazemos adiante sob o viés da jurisprudência do STF e do STJ.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF SOBRE A BUSCA E APREENSÃO DE BENS DE TERCEIRO NÃO ESPECIFICADOS NO MANDADO

O primeiro precedente a ser analisado é um acórdão do Supremo Tribunal Federal que julga Agravo Regimental na Petição (Pet-AgR 5173). Segundo tal precedente, existe admissibilidade e validade na busca e apreensão que apreende bens em poder de terceiro quando este é morador do mesmo imóvel do investigado, sendo irrelevante a sua discriminação no mandado, pois que o próprio artigo 240 do CPP estabelece que deve ocorrer a busca domiciliar para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos” (“b”, § 1º, art. 240), “descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu” (“e”, § 1º, art. 240) e “colher

qualquer elemento de convicção” (“h”, § 1º, art. 240) frustrando-se os fins da busca caso a apreensão de bens de terceiros não ocorra.

O STF entende ainda que a autoridade policial possui margem de discricionariedade, tendo ela liberdade para selecionar e apreender os itens que julgarem relevantes. Importante ressaltar que contra os bens de terceiros correm os mesmos efeitos da apreensão dos bens do investigado, como por exemplo o perdimento em favor da União. É assim que se lê do referido julgado:

Agravo Regimental. Busca domiciliar. Apreensão de bens em poder de terceiro. Admissibilidade. Morador do mesmo imóvel, alvo da busca, em que reside um dos investigados. Necessidade da medida abranger a totalidade do imóvel, ainda que diversas suas acessões, sob pena de se frustrarem os seus fins. Indícios, ademais, de um liame entre ambos. Bens apreendidos. Ausência de sua discriminação no mandado de busca. Irrelevância. Diligência que tinha por finalidade “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal). Impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens a serem apreendidos. Necessidade de se conferir certa margem de liberdade, no momento da diligência, à autoridade policial. Restituição de bens. Indeferimento. Objetos, componentes do corpo de delito, que têm relação com a investigação. Prova destinada ao esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias (arts. 6º, II e III, do Código de Processo Penal). Possibilidade, inclusive, de decretação de sua perda em favor da União. Recurso não provido.

1. O mandado de busca domiciliar deve compreender todas as acessões existentes no imóvel alvo da busca, sob pena de se frustrarem seus fins.
2. É admissível a apreensão de bens em poder de terceiro, morador do mesmo imóvel em que reside o investigado, quando interessarem às investigações, máxime diante de indícios de um liame entre ambos.
3. É inexigível a discriminação, no mandado de busca, de todos os bens a serem apreendidos, uma vez que dele constava a determinação para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal).

4. Dada a impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens passíveis de apreensão no local da busca, é mister conferir-se certa discricionariedade, no momento da diligência, à autoridade policial.

5. Descabe a restituição de bens apreendidos em poder de terceiro quando ainda interessarem às investigações, por se destinarem ao esclarecimento dos fatos e de suas circunstâncias (arts. 6º, II e III, CPP), e diante da possibilidade de decretação de sua perda em favor da União.

6. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

(BRASIL, 2014)

Missaggia (2002, p. 100) trata do tema ao se referir à possibilidade de apreensão de documentos em escritório de advocacia:

Dessa forma, só há limite à incursão na medida dos limites quanto à apreensão, ou seja, não há limites, como regra, ao varejamento, mas limites à apreensão. Por isso, a proteção também estende-se à residência e à pessoa física do advogado, quanto às coisas insuscetíveis de serem apreendidas em virtude do segredo profissional e do direito de defesa.

A decisão que determinar a busca em escritório de advocacia deverá esclarecer detidamente o objeto da diligência, pelo fato de que há limites decorrentes do direito de defesa e sigilo profissional. É ilegal a decisão que defere uma ordem geral de apreensão.

Questão assaz delicada é a de saber sobre a possibilidade da apreensão de documento em escritório de advocacia não constante das exceções anteriormente referidas, mas incriminadora do cliente do advogado e para fazer prova absolutória de outro acusado ou quando envolva terceiro não acusado. Guardadas as eventuais particularidades do caso concreto, a apreensão é de ser deferida, numa abstracta e a priori consideração, com base em uma

ponderação de bens informada pelo princípio da proporcionalidade, no caso de produção de prova absolutória. De fato, um sistema processual penal justo não pode tolerar a possibilidade da condenação de um inocente, mesmo pagando o preço do sacrifício de outros bens e valores. Quando envolva terceiros, não é de se deferir a ordem de busca e apreensão, salvo se na balança da ponderação estiver o interesse na realização da persecução penal dos crimes graves.”

(g. n.)

Dessa forma, para Missaggia, é de se analisar no caso concreto se a apreensão diz respeito a bem que sirva para incriminar ou para se absolver, além de se ponderar pela gravidade do crime investigado.

Até o presente momento, frise-se, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se mantém o mesmo a respeito da busca e apreensão de bens de terceiro, conforme entendimento exarado no RHC 182520 (BRASIL. STF - RHC 182520 RJ, 0225391-52.2019.3.00.0000, Relator Min. Gilmar Mendes, data de julgamento: 30/03/2020, data de publicação: DJe-081 02/04/2020), que, inclusive, utiliza o Pet-AgR 5173 de 2014 como paradigma.

O segundo precedente a ser analisado é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julga o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (AGRRHC – 45267), existindo nele dois entendimentos: o seguido pela Ministra Marilza Maynard, e o seguido pelo Ministro Nefi Cordeiro (que é voto vencido).

Trata-se de uma busca e apreensão em que a Polícia Federal apreende os bens do cônjuge da investigada à época da apreensão, o cônjuge não era investigado, passando a ser somente após a apreensão dos bens. A autoridade policial reconhece, e sabe, que os bens apreendidos não são da investigada, mas mesmo assim os apreendem para averiguação, segundo o Ministro Nefi Cordeiro faz constar:

Das transcrições acima, resta inequívoco que o recorrente não figurava entre os dois sujeitos que deveriam sofrer a busca domiciliar, expressamente delimitada no alcance.

A discussão de serem coisas apreendidas de propriedade do recorrente ou de qualquer dos investigados, especialmente de sua esposa, seria de todo relevante não fosse o reconhecimento do fato por quem realizava a busca e apreensão, no próprio Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação (fls. 338/343e).

(BRASIL, 2014)

Segundo entendimento do Ministro Nefi, a autoridade policial sabia que o mandado deixava expresso que a busca e apreensão dizia respeito unicamente à esposa do recorrente. Por tal limitação do mandado, e tendo a apreensão extrapolado seus limites, entende, como consequência, pela nulidade da apreensão:

Assim, é incontroverso que o mandado de busca limitava-a à esposa do recorrente, que sabia a Autoridade Policial que estava apreendendo bens deste e, por decorrência, é de se ter como certo que fazia apreensão fora dos limites autorizados.

Não se tem hipótese de carência de fundamentação para a excepcional medida, conforme determina o art. 240 do Código de Processo Penal, mas de falta do próprio mandado judicial em si, que limites expressos previa.

A consequência, pois, é de nulidade da apreensão dos objetos descritos nos itens 02 a 06 e 08 a 17 foram arrecadados no escritório utilizado por Amauri Barros da Silva, assim como o item 18 refere-se ao veículo do mesmo. Observe-se que a nulidade é do interesse do investigado, que pretende não ver realizada perícia e aproveitados resultados a ele prejudiciais na investigação que passou a integrar. Havendo prejuízo, no descumprimento da forma, de especial relevância em diligência de invasão domiciliar, é de ser reconhecida a nulidade postulada.

A restituição dos bens indicados é mera decorrência da nulidade da apreensão que ora se reconhece.

(BRASIL, 2014)

Esse entendimento é corroborado por Alves (2014, p. 300 – 301), que assim explica o procedimento a ser adotado caso haja apreensão de bens de terceiros de boa-fé (que residam ou não na mesma habitação):

A restituição, quando cabível, poderá ser determinada pela própria autoridade policial ou pelo juiz, mediante termo nos autos. Nesse sentido, para que seja possível a restituição de coisas apreendidas, é necessário não existir dúvida quanto ao direito do reclamante (art. 120, *caput*, do CPP).

Se, porém, esse direito for duvidoso, deve ser autuado em apartado um pedido de restituição, conferindo-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Nesse incidente, apenas o juiz criminal poderá autorizar a restituição (art. 120, § 1º, do CPP). O mesmo incidente ocorrerá – e também apenas o juiz criminal decidirá – se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e

sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar (art. 120, § 2º, do CPP).”

Já segundo a Ministra Marilza Maynard, não havia outro procedimento a ser seguido pela polícia, visto que os bens estavam no local onde os dois habitavam e onde os dois trabalhavam, sendo impossível distinguir os bens de um e de outro à primeira vista. Além disso, apreendidos documentos que comprovem envolvimento do cônjuge com o crime investigado, é possível que haja o indiciamento dele, não cabendo a nulidade de tais provas:

Fico meditando acerca da dificuldade que teve a Polícia de identificar chegando a residência do casal, por exemplo, de quem era cada objeto. Compreendo que não havia como fazê-lo, porque os bens estavam justamente nos lugares onde os dois habitavam ou onde os dois trabalhavam. Então, creio que outra atitude não cabia à Polícia, senão a de levar todos aqueles bens encontrados.

Uma vez encontrados, na perícia dos referidos objetos e documentos apreendidos, elementos relativos ao envolvimento de Amauri Barros da Silva, entendo possível o indiciamento dele com base nas referidas provas. Não vejo como tê-las como imprestáveis a fim de determinar o trancamento da ação penal.

(BRASIL, 2014)

Sendo o voto da Ministra Marilza Maynard, que foi o vencedor, foi negado provimento ao agravo, determinando-se a validade e legitimidade da apreensão dos bens, e a não devolução destes.

Conclui-se assim que, de acordo com a jurisprudência do STJ e do STF, a apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado, é válida e lícita.

CONCLUSÃO

Em suma, a “busca e apreensão”, tem seus requisitos determinados no art. 243 do Código de Processo Penal, que especifica o que o mandado deverá conter,

sob pena de nulidade, na medida em que implica uma grave restrição de direitos fundamentais. A estrita observância dos limites legais é fator que legitima a medida, pois ontologicamente, nada diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá noutra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias.

A decisão judicial que decreta a “busca e apreensão” deve ser fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão. A inobservância dessas regras acarreta na ilicitude da prova obtida. Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação por parte do Juiz que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca.

Quanto à apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado, conclui-se que é válida e lícita, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, consolidado nos precedentes Pet-AgR 5173 e AGRRHC 45267.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. **Processo Penal**: parte geral. Salvador: Editora JusPODIVM. 4.ed. 2014.

BASTOS PITOMBO, Cleunice. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo, RT, 2005.

BRASIL. AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em:
<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;rhc:2014-06-05;45267-1366255>>. Acesso em: 26/07/2020)

BRASIL. Pet-AgR 5173. MIN. RELATOR DIAS TOFFOLI. PRIMEIRA TURMA STF. DATA DO JULGAMENTO: 30/09/2014. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4581641>>. Acesso em: 26/07/2020.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Breves considerações legais e jurisprudenciais sobre o instituto da busca e apreensão**. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/19679/breves-consideracoes-legais-e-jurisprudenciais-sobre-o-instituto-da-busca-e-apreensao#ixzz3dAJ6MRYo>>. Acesso em: 10/06/2020.

DUTRA, Luciano. **Busca e Apreensão Penal**: da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito. 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 85. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, Diogo Rosa. **O Caráter Cautelar das Medidas de Busca e Apreensão no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em:
<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Diogo_Souza.pdf>. Acesso em 10/06/2020.



TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed., ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

Recebido em 11/06/2020

Publicado em 31/08/2020