

DA ILEGALIDADE DA BUSCA E APREENSÃO COLETIVA SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Ramon Souza da Silva¹
Gabrielle Paloma Santos Bezerra Couto²
Marcelo José Coelho Almeida³
Tatiana Morais Cossate⁴

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a ilegalidade do mandado de busca e

apreensão coletivo, determinando para tanto, o tratamento dado atualmente a essa diligência tipificada no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando-se, de uma análise qualitativa, através do método indutivo, fazendo um estudo principiológico na esteira constitucional e infraconstitucional para embasar a crítica à expedição de buscas e apreensões genéricas, demonstrando assim sua ilicitude. Empregando-se de uma averiguação com base em referencial doutrinário e legislativo, buscando assim, deixar explícita a violação do princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio quando se realiza diligências de forma genérica, sem individualização do que se busca.

Palavras chave: Coletivo. Prova. Ilegalidade. Proporcionalidade.

Abstract: The present work has the purpose of demonstrating the illegality of the search warrant and collective apprehension, thus determining the treatment currently given to this diligence typified in the Brazilian legal system. Using a qualitative analysis, through the inductive method, making a study on the constitutional and infraconstitutional basis to base the criticism on the search of generic searches and seizures, thus demonstrating its illegality. Using an inquiry based on a doctrinal and legislative referential, seeking to make explicit the violation of the constitutional principle of the inviolability of the domicile when it is carried out in a generic way, without individualization of what is sought.

Keywords: Collective. Proof. Illegality. Proportionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como enfoque o estudo do mandado de busca e apreensão coletivo e suas incontínuas, sob a esteira do ordenamento jurídico pátrio, abordando de forma pormenorizada a definição legal do mandado de busca e apreensão conforme o Código de Processo Penal (CPP). Esclarecendo sobre a impossibilidade de se proceder tal medida sem o cumprimento à risca das determinações legais, tendo em vista, a violação da garantia de privacidade do sujeito passivo dessa demanda.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Balsas (Unibalsas).

² Professora do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

³ Professor do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

⁴ Professora do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

Nesse sentido, destacam-se os requisitos legitimadores do mandado de busca e apreensão, sob o prisma constitucional e infraconstitucional. Bem como, ilustra-se as espécies de busca e apreensão e os objetivos da diligência tipificados no ordenamento.

Todavia, ao se cogitar a possibilidade da expedição genérica dessa diligência, buscando assim abranger várias residências com uma única ordem judicial, burla-se uma série de direitos individuais instados na Constituição Federal (CF), tendo como principal deles a inviolabilidade do domicílio.

Deste modo, a inobservância de preceitos desta monta causaria um elevado transtorno à vida dos cidadãos, assim como uma insegurança ao ordenamento jurídico.

Expedir uma diligência investigativa para obter provas sem quaisquer parâmetros concretos de materialidade pré-constituído, faz com que eventuais objetos de provas apreendidos tornem-se ilegais, bem como, as derivadas destas. Assim, o que se infere mais adequado à ordem jurídica é o respeito aos princípios e normas já instituídos.

Objetiva-se, desse modo, analisar as peculiaridades do mandado de busca apreensão, apresentando, para isso, sua definição, natureza jurídica, seus requisitos, objetos passíveis da diligência e espécies, com enfoque na busca domiciliar e na pessoal.

Ademais, faz-se uma análise do princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, enfatizando a aplicação destes e sua sistemática, assim como, demonstrando as incontinências da busca e apreensão coletiva sob a ótica da inviolabilidade domiciliar garantida na CF.

Para tanto, utilizando-se, de uma investigação qualitativa, embasada no método indutivo, usando como base referencial a doutrina, a jurisprudência e a legislação atual.

1 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE BUSCA E PREENSÃO NO CPP.

O mandado de busca e apreensão é um instituto previsto no CPP e possui a “natureza jurídica compreendida como meio de obtenção de provas ou investigação da prova” (LIMA, 2017, p.724). Assim, deve-se entender a acepção de

prova “como sendo os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência ou não de determinada situação fática” (LIMA, 2017, p. 584).

A prova pode ser ainda compreendida como atividade probatória, “consistindo no conjunto de atividades de verificação de demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento” (LIMA, 2017, p. 583). Pode ainda, ser classificada como resultado, que “caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência ou não de determinada situação fática” (LIMA, 2017, p. 584).

Importante salientar que, apesar de o CPP classificar a busca e apreensão como meio de prova, em algumas hipóteses específicas essas diligências não são tidas como prova. Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p.682):

A busca e apreensão, com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário a natureza jurídica de medida cautelar que visa a obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento.

Muito embora comumente mencionados como se fosse a mesma coisa, a busca se difere da apreensão, conforme explica Aury Lopes Junior (2016, p.417):

A busca é uma medida instrumental meio de obtenção da prova que visa encontrar pessoas ou coisas, já à 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).

Sendo assim, é perfeitamente possível que se tenha uma busca sem apreensão ou vice-versa. Apesar de o CPP não trazer essa distinção da busca e apreensão de forma explícita, a doutrina é bastante pacificada nessa definição, onde, “a busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa” (LIMA, 2017, p.724).

Por conseguinte, é possível que a diligência de busca seja frustrada, não se encontrando o que se procura, ou simplesmente ter o objetivo de identificar

determinadas circunstâncias, como a gravação de imagens de certos locais ou pessoas, para fim de posterior análise (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

De outro lado, também é possível que a apreensão seja realizada sem a prévia busca, podendo ser citado como exemplo, a entrega de forma voluntária de objeto de crime, por determinado sujeito à autoridade (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

A busca e apreensão, em regra, dever ser decretada por juiz competente, podendo determinar a medida de ofício ou a requerimento de qualquer das partes (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Na vigente Constituição, apenas autoridade judiciária pode determinar a realização da busca processual penal (art. 241, CPP, c/c o art. 5º, XI, CF/1988). Nenhuma outra autoridade, ainda que investida de poderes excepcionais de investigação, poderá expedir mandado de busca. Não podem determinar a busca e apreensão a autoridade policial (civil ou militar); o presidente da comissão parlamentar de inquérito; o Ministério Público. Podem entretanto, pedir a restrição ao direito fundamental ao poder judiciário (BASTOS PITOMBO, 2005, p. 186-187).

Nesse diapasão, a expedição do mandado de busca e apreensão é cláusula de reserva jurisdicional⁵. No entanto, existe uma excepcionalidade a esta regra quando, “não havendo possibilidade de violação domiciliar, outras autoridades podem determinar a medida, como na hipótese da busca pessoal, que poderá ser determinada pela autoridade policial” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 683). Portanto, fica claro que a dependência de ordem judicial é exclusiva da busca realizada em domicílio.

1.1 Requisitos do Mandado de Busca e Apreensão

O CPP determina uma série de requisitos que o mandado de busca e apreensão deve conter: 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; mencionar o motivo e os fins da diligência e por fim ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

⁵ “São casos em que o texto constitucional ou a lei infraconstitucional que o regulamenta traz explicitamente a necessidade de ordem judicial para a restrição de um direito” (SANTANA, Juliana Silva Barros de Melo).

Sendo assim, é imprescindível a indicação da casa ou local onde será procedida a empreitada de busca, até porque, sem o endereço objeto do mandado, ou pelos menos características suficientes para a correta identificação do lugar, se torna praticamente impossível materializar a determinação judicial. Não é diferente em relação ao nome do proprietário ou morador da residência ou local da busca. Requisito esse, que dá ponto de partida para se chegar ao objeto ou pessoa alvo da demanda, restando assim caracterizada sua extrema essencialidade para instrumentalizar o mandado, a fim do seu fiel cumprimento dentro da legalidade (LOPES JR, 2016).

Vale ressaltar, que as manifestações/decisões do poder judiciário necessariamente devem ser fundamentadas, art. 93, IX, da CF/88⁶. Desta feita, o magistrado ao expedir uma decisão determinado a busca e apreensão deve expor de forma clara o motivo e os fins da diligência, sendo tais requisitos transcritos ao mandado de busca (LIMA, 2017).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015) explicam que incumbe ao escrivão de polícia redigir o mandado de busca, devendo, em seguida, ser assinado pela autoridade que o expediu, sob pena de faltar-lhe requisito indispensável à execução da diligência, tendo em vista, que o consentimento da autoridade deve está expresso.

1.2 Objetos Sujeitos de Busca e Apreensão

Os objetos passíveis de busca e apreensão estão enumerados no art. 241, § 1º, do CPP, de forma não exaustiva, do que se compreende que a autoridade competente pode requerer a busca de objetos não elencados na lei (LIMA, 2017), sendo assim, destina-se o mandado a: prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas,

⁶ CF, Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Constituição Federal de 05 de outubro de 1988).

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; apreender pessoas vítimas de crimes e por última colher qualquer elemento de convicção.

Conforme ensina Aury Lopes Junior (2016), normalmente na apreensão de criminosos é expedido o mandado de prisão do sujeito criminoso e outro mandado de busca e apreensão, este sim legitimando uma possível invasão domiciliar, garantindo, portanto, a devida formalidade de todo o ato, nas palavras do referido autor (2016, p.419):

Trata-se aqui de buscar, não para apreender, mas sim para prender pessoas cuja prisão tenha sido previamente decretada. O mandado de prisão, por si só, não autoriza o ingresso na casa de terceiros onde eventualmente o agente se esconda, sendo necessária a duplicidade de mandados (de prisão e de busca).

Pode-se entender por coisas achadas, qualquer bem material, tendo ele valor econômico ou não, do qual o sujeito que o encontrou não o seja dono, sendo essa coisa de alguma forma importante para o desvendamento do fato. Já as coisas obtidas por meio de práticas criminosas, são objetos diretos do crime, que servem tanto para fins probatórios na instrução processual, como para devolver ao legítimo dono, evitando assim o enriquecimento ilícito do criminoso (TÁVORA; 2015). Nesse sentido, aduz Aury Lopes Junior (2016, p.419):

As coisas achadas devem ser devolvidas ao seu legítimo proprietário ou entregues à autoridade policial, sob pena de incorrer o agente nas sanções do art. 169 do CP (apropriação de coisa achada)⁷. As coisas obtidas por meios criminosos, por vezes, confundem-se com o próprio corpo de delito. Assim, as coisas subtraídas de alguém no crime de furto ou roubo (quando há violência ou grave ameaça) foram obtidas por meio criminoso, devendo ser buscadas e apreendidas até para permitir a restituição a seu devido proprietário.

Na hipótese de busca de instrumentos de falsificação ou de contrafação é possível à apreensão não só dos objetos falsificados, mas também de instrumentos que tenha sido usado de alguma forma, para o fim de falsificar ou contrafazer documentos ou qualquer outro objeto fora dos ditames legais instituídos. Assim:

⁷CP, Art. 169. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre: [...] II – quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria total ou parcialmente deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15(quinze) dias. (Dec. Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

O documento ou objeto que seja um falso material ou ideológico deve ser apreendido, pois constitui o corpo de delito. Também tipifica o Código Penal (CP), art. 294,⁸ os petrechos de falsificação, ou seja, é crime a posse de instrumentos e objetos destinados à fabricação ou contrafação do falso. Em ambos os casos, está autorizada a busca e apreensão (LOPES JR, 2016, p. 419).

Importante deixar claro, que quando se faz menção à arma, abrange não só as armas de uso próprio com finalidades preestabelecidas, como por exemplo, uma pistola usada exclusivamente pela polícia. Mas também aquelas tidas como impróprias ou acidentais, podendo ser citadas um machado, uma foice ou mesmo um veículo automotor. Desse modo:

Claro que somente podem ser buscadas e apreendidas às armas e munições ilegais ou, se legais, tenham sido utilizadas para a prática de crime. Mas não são apenas as armas utilizadas no crime que podem ser objeto de busca, mas também “instrumentos” utilizados para sua prática, como ferramentas, carros, disfarces, computadores, telefones celulares etc (LOPES JR, 2016, p. 419).

Quando se menciona a descoberta de objetos necessários à prova de uma infração ou à defesa do réu, o intuito é desvendar a verdade fática, buscando todos os vestígios que possam servir como elementos probatórios, a exemplo de roupas contaminadas de sangue, imagens, documentos, dentre outras (LOPES JUNIOR, 2016).

No que se refere às cartas, estas quando abertas perdem a natureza de correspondência não mais fazendo jus da proteção constitucional do sigilo de correspondência, sendo apenas considerado um documento qualquer. No tocante às cartas fechadas, a sua apreensão é angariada na prevenção de proteger a segurança pública, ou seja, prevalece a coletividade em detrimento do direito individual do sigilo de correspondência amparado na CF, assim:

As cartas, uma vez abertas são documento como outro qualquer, podendo validamente ser apreendidas, se importarem à elucidação do fato. Já as cartas lacradas, em razão da blindagem prevista no art. 5º, XII, da CF⁹,

⁸ CP, Art. 294. Fabricar adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (Dec. Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

⁹ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo

instituindo a inviolabilidade do sigilo da correspondência, não podem ser passíveis de tal medida. A sua apreensão ou interceptação não devem ser admitidas, e se isto ocorrer, a prova é flagrantemente ilícita. Destaque-se, contudo, que o STF já admitiu a violação da correspondência dos presidiários pela administração penitenciária, sob o fundamento de que o direito ao sigilo não pode ser invocado para a prática de inflações por parte daquele que está preso¹⁰. Em última análise na ponderação de interesses, entendeu o STF, valendo-se da proporcionalidade, que direito ao sigilo não é absoluto, podendo ceder em circunstâncias excepcionais. (TÁVORA, 2015, p. 684).

O CPP, ao dispor da apreensão de pessoas vítimas de crimes quer resguardar, por exemplo, a devolução da liberdade da vítima do crime, que se encontra cerceada a sua liberdade. Bem assim, pode também ser levantada a situação de flagrante delito onde a autoridade pode ingressar no domicílio da vítima, com o fim de resgata-la sem que fique caracterizada invasão de domicílio. “Não se confunde com a prisão do imputado, pois o dispositivo se refere à vítima, logo, será ela custodiada pelo Estado. Na prática, pouco uso tem esse dispositivo” (LOPES JR, 2016, p. 420).

Por fim, a diligência de colher qualquer outro elemento de convicção como prova, tem caráter eminentemente residual, ou seja, não se enquadrando em qualquer uma das outras hipóteses já dispostas. Nesse sentido, poderá a autoridade judiciária fundamentar o objeto da apreensão nessa disposição residual, tendo em vista a não previsão do legislador de todas as possibilidades existentes. Conforme leciona Aury Lopes Junior (2016, p.420):

Típica cláusula genérica, de perigosa abertura e indeterminação. O problema é que dispositivos assim autorizam uma busca domiciliar sem um objetivo claramente definido, dando espaço para o substancialismo inquisitorial e o autoritarismo judicial. À luz da proteção constitucional do domicílio e da privacidade, o mandado de busca deverá ser o mais específico possível, evitando ao máximo as cláusulas genéricas ainda empregadas pelo CPP de 1941. Inclusive, defendemos a ilegalidade da busca feita exclusivamente com base na alínea “h”, pois implicaria inequívoca violação do art. 5º, incisos X e XI, da Constituição.

Nesta senda, tem o objeto passível de busca e apreensão larga importância para o instrumento de mandado, individualizando o que de fato é procurado pelo executor da medida.

no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (Constituição Federal de 05 de outubro de 1988)

¹⁰ STF - 1º T. – HC 70.814/SP - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 24/06/1994.

1.3 Espécies de Busca e Apreensão

O instituto da busca e apreensão, tido como meio de prova, é classificado em duas espécies de diligências diferentes, a busca domiciliar e a busca pessoal. Tendo esta classificação, regulamentação e rigorosidades bem distintas, mais que podem ser realizadas ao mesmo tempo a depender do momento do seu exercício e do caso concreto (TÁVORA, 2015).

A busca domiciliar é aquela realizada no domicílio do indivíduo, o art. 5º, inciso XI, da CF¹¹, garante a inviolabilidade do domicílio como um direito individual de todo cidadão (MORAIS; 2007). Já a busca pessoal, é aquela que “envolve a busca nas vestes e demais objetos em poder do revistado, como malas, mochilas, automóveis etc” (TÁVORA; 2015, p. 690).

Apresentadas as características do mandado de busca e apreensão conforme tipificado no CPP, um questionamento surge, qual seja, a possibilidade de expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, que ganhou grande repercussão após a decretação da Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro em 16 de fevereiro de 2018.

Durante uma reunião do Conselho da República sobre a Intervenção Federal no Rio de Janeiro, discutiu-se propor um projeto de lei com o intuito de permitir mandados de busca e apreensão coletivos nas favelas cariocas, conforme noticiado pela mídia¹².

Ao expedir um mandado determinando a busca e apreensão domiciliar, há de se respeitar princípios legitimadores da medida. Desta feita, quando se refere a diligências coletivas abrangendo várias residências violam-se garantias constitucionais “como os princípios da inviolabilidade do domicílio, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e vida privada e da incolumidade física e moral do indivíduo” (LOPES JR, 2016, pp. 417/418).

¹¹ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. (Constituição Federal de 05 de outubro de 1988).

¹² CANÁRIO, Pedro. **Consultor Jurídico. Governo estuda projeto de lei para autorizar mandados de busca coletivos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-19/governo-estuda-lei-autorizar-mandados-busca-coletivos>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

Assim, resta violado não só o domicílio dos cidadãos residentes nessas favelas, mais acima de tudo, viola a dignidade desses moradores que terão burlado seus direitos fundamentais¹³.

2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da proporcionalidade vem tipificado de forma explícita no art. 156, inciso I, do CPP¹⁴, dispositivo que teve sua redação instituída pela Lei nº 11.690/2008. No entanto, esse princípio também vem posto, implicitamente, na CF, “em vários dispositivos, como na exigência da individualização da pena, na proibição de determinadas modalidades de sanções penais, admissão de maior rigor para infrações penais mais graves” (BITENCOURT, 2006, p. 30).

Já na visão de outros doutrinadores, o princípio da proporcionalidade teria sua “sede constitucional no devido processo legal, no princípio da dignidade, no princípio do Estado de direito, há, ainda, autores que o consideram princípio constitucional fundamental não escrito” (CARVALHO, 2014, s.p.).

A função do princípio da proporcionalidade na sua origem é fazer com que a aplicação da letra fria das normas não esvazie os direitos fundamentais, ou seja, veio para consolidar direitos humanos (CARVALHO, 2014). Nesse sentido, Denílson Feitoza explana (2010, p. 136):

O princípio da proporcionalidade, enquanto constituído pelas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é, uma implicação lógica do caráter jurídico da Constituição como norma rígida hierarquicamente superior, atributiva de proporções e impositiva de eficiência. Portanto, o princípio da proporcionalidade, apesar de ter sua origem como garantia de direitos fundamentais, aplica-se, presentemente, a quaisquer entes normativos, sejam objetivos, princípios, regras, direitos, deveres, garantias, interesses ou bens jurídicos, com uma carga argumentativa em favor dos fundamentais. A pluralidade de fundamentos normativos do princípio da proporcionalidade decorre de sua inerência ao direito.

¹³ “Os direitos fundamentais são os direitos humanos definidos na Constituição, que devem ser garantidos e protegidos pelo Estado, tais como direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, etc.” (LENZA, 2016, p. 1155).

¹⁴ CPP, Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. (Dec-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Fazendo uma interpretação sistemática, o princípio da proporcionalidade “pode ser facilmente inferido, por raciocínio indutivo, de normas constitucionais específicas, após o que, por raciocínio dedutivo, pode ser aplicado a qualquer caso particular” (FEITOZA, 2010, p. 136). Portanto, é perfeitamente possível correlacionar esse princípio ao fato da expedição de mandados de busca e apreensão coletiva, pois essa prática vai de encontro com vários preceitos fundamentais expostos na CF, tendo como principal deles a inviolabilidade do domicílio.

Assim, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três vertentes, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Onde que, a primeira vertente classificada como subprincípio da adequação, esboça duas exigências para que se tenha intervenção em direitos fundamentais, “a existência de um fim constitucionalmente legítimo; e a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim” (FEITOZA, 2010, p. 139).

Em um primeiro momento, deve-se verificar qual a finalidade da medida que o meio interventivo busca realizar e a legitimidade constitucional desse fim. Depois, examina-se a relação entre o meio interventivo (nesse caso a busca e apreensão de forma genérica através de mandados coletivos), e o fim, (combater a criminalidade nas favelas cariocas), para verificar se o meio favorece de alguma maneira eficazmente, a realização do fim (FEITOZA, 2010).

A adequação “também denominada pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido” (LENZA, 2016, p. 1248). Assim, fica claro que a utilização de medida desarrazoada com os direitos fundamentais jamais terá o condão de lograr êxito a fim de beneficiar a coletividade em geral, por esta via:

Se o fim do meio interventivo é constitucionalmente ilegítimo ou se não há fim algum, o meio interventivo é arbitrário. A inadequação, no seu extremo equivale, juridicamente, à arbitrariedade, pois pode-se dizer que o meio não é adequado a obter um fim constitucionalmente legítimo. O meio interventivo, desse modo, é arbitrário, desproporcional por falta de adequação, e deve ser considerado inconstitucional (FEITOZA, 2010, p. 139).

Por seu turno, na vertente da necessidade também denominada de exigibilidade “deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos” (BITENCOURT, 2006, p. 32). Nesse viés, fazer uso de mandados genéricos se torna um verdadeiro

descompasso sob o prisma da necessidade, pois não é a medida menos gravosa em busca da eficiência em apreensões de pessoas e objetos de crime, conforme elucida Gilmar Mendes:

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequado e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado, de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (MENDES, 2004, p. 50).

Noutro giro, o princípio da proporcionalidade também é subtendido na vertente da proporcionalidade em sentido estrito, assim é denominado atualmente “em sendo a medida necessária e adequada deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição” (LENZA, 2016, p. 1248).

Por outro lado, a medida de busca e apreensão genérica também vai de encontro ao que institui o princípio da individualização da pena, tendo esse amparo constitucional, como uma garantia a todos os cidadãos.

O princípio da individualização da pena está tipificado no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88¹⁵, princípio inerente ao direito penal, instituindo que o julgador ao fixar a pena deve se ater estritamente a cominação legal em espécie e quantidade, bem como determinar a forma de sua execução (PRADO, 2014). Insta destacar que a individualização da pena obedece três momentos distintos:

[...] na primeira delas, a lei fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa; na segunda, o julgador, tendo em conta as particularidades da espécie concreta e determinados fatores previstos em lei, fixa a pena aplicável, obedecendo o marco legal; e a terceira, é a que diz respeito ao cumprimento da pena, fase de execução da pena que é basicamente de ordem administrativa. (PRADO, 2014, p. 117).

¹⁵ CF, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (Constituição Federal de 05 de outubro de 1988).

Nessa linha, analisando a individualização sob a ótica do mandado de busca e apreensão, é fácil concluir que, ao determinar uma diligência dessa natureza, deve-se pormenorizá-la o máximo possível, como forma de resguardar direitos individuais do cidadão.

Pelo exposto, a busca genérica demonstra-se descompassada nas três vertentes do princípio da individualização da pena, sendo inconstitucional a sua tipificação, bem como arbitrária a execução dessa diligência, pois restaria instalado um verdadeiro caos para a comunidade em geral.

3 DAS INCONSISTÊNCIAS DA BUSCA E APREENSÃO COLETIVA SOB O PRISMA DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO GARANTIDO CF/88

A CF/88, no seu art. 5º, inciso XI, prevê o princípio da inviolabilidade do domicílio. O resguardo ao domicílio não deixa de ser uma proteção do direito a intimidade e a vida privada, muito embora tenha surgido anteriormente a este. Desse modo, “a noção de proteção ao domicílio é antiga, apontando a doutrina que sua origem advém do direito romano, no entanto somente após a Revolução Francesa ficou mais nítida essa proteção, sendo também introduzida nos demais países” (CARVALHO, 2014, s.p.).

A inviolabilidade do domicílio deve ser analisada de forma mais detida, levando em consideração outros dispositivos infraconstitucionais que regulamentam a expedição do mandado de busca e apreensão.

Conforme exposto, o CPP disciplina as ocasiões que ensejam a determinação judicial que autoriza a penetração no domicílio, no entanto, esse diploma não disciplina a expedição desse mandado na sua forma coletiva, pelo contrário, o mandado de busca e apreensão deve ser o mais individualizado possível, conforme reza o artigo 243, inciso I, do CPP¹⁶. Ou seja, o mandado é condicionado a requisitos objetivos instituídos no CPP, os quais devem obedecer ao mandamento fundamental da inviolabilidade domiciliar disposta na CF/88. Nesse aspecto, “a estrita observância dos limites legais é fator legitimante da medida, até porque, ontologicamente, o que diferencia a busca de um crime patrimonial

¹⁶ Art. 243. O mandado de busca deverá: I - 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. (Dec-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência? Nada” (LOPES JR, 2016, p. 417).

Em um primeiro momento, é importante delimitar o que seria domicílio, desta monta: “domicílio é todo local delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito” (MORAIS; 2007, p. 50).

O Supremo Tribunal Federal (STF), em sua jurisprudência, considera ainda como domicílio, os quartos de hotel, ou seja, domicílio abrange não só a residência com animo definitivo, mais todo e qualquer local não aberto ao público, onde o indivíduo resida, exerça suas atividades profissionais com habitualidade, locais como o escritório, oficinas, garagens ou até quartos de hotéis, ou mesmo outro espaço destinado ao aposento:

Para os fins de proteção jurídica a que se refere o artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, o conceito normativo de casa revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP. Art. 150, § 4º, inciso II), compreende observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel (...). (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2007, DJ de 18.05.2007).

Portanto, o conceito de domicílio é bem mais amplo do que o de casa, o CP, no art. 150, § 4º, e seus incisos¹⁷, destrincha o que se considera como casa. Ao expedir um mandado de busca e apreensão coletiva a fim de abranger várias residências de uma única vez, caracteriza-se uma gritante violação ao princípio da inviolabilidade do domicílio. Ademais, ao julgar o Tema 280 da Repercussão Geral¹⁸, o STF firmou a seguinte tese:

[...] a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados (RE 603.616, j. 05.11.2015, DJE de 10.05.2016).

¹⁷ CP, 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: [...] § 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. (Dec. Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

¹⁸ A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45. “A finalidade é reduzir o número de recursos extraordinários, limitando-os àquelas situações em que haja questões de relevância jurídica, política, social ou econômica” (GOLÇALVES, Marcus Vinícius Rios, 2016, s.p.).

É evidente o zelo com que o STF trata a matéria, objetivando garantir a aplicação de um direito fundamental previsto na CF. Sem sombra de dúvidas, a realização de buscas genéricas nas residências, torna a prova colhida nessa diligência, eivada de ilicitude, haja vista, a inobservância do preceito fundamental da inviolabilidade do domicílio, o qual também é garantido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – Pacto de San José da Costa Rica¹⁹. Nesse viés:

São também normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana de sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto 678, de 06.11.1992, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no artigo 5º § 2º da Constituição Federal (GRINOVER, 2004, p. 27).

A natureza de norma constitucional do disposto na CADH²⁰, só aumenta os subsídios legais que vedam a invasão domiciliar na residência de um cidadão sem o alicerce de mandado devidamente instruído na lei e fundamentado.

Assim, a expedição de mandados coletivos fere outros princípios constitucionais, como por exemplo, o da proporcionalidade, que apesar de não está inserido expressamente na CF, não se pode negar sua importância dentro do direito processual penal. “Estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal (substantive due process of law) – Ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal, Art. 5º, inciso LIV, da CF” (LIMA, 2017, p. 84).

Destarte, o processo penal resguarda preceitos fundamentais para a paridade de armas entre os sujeitos processuais no decorrer de toda a persecução penal, desde a investigação, até as fases processuais recursais. Importante ressaltar as colocações de Gilmar Mendes (2004, p. 65):

[...] a cláusula do devido processo legal – objeto de expressão proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão

¹⁹ Assinado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Nº Decreto Nº 678 de 06 de novembro de 1992.

²⁰ CADH: Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade. [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

material (*substantive due process of law*) que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Logo, é importante mencionar o instituto do *fishing expedition* (expedição de pesca) que trás a passagem bíblica dos discípulos pescadores, que após um longo dia de pesca sem que pegassem nenhum pescado, ao retornarem muito cansados para casa foram surpreendidos com um pedido de Jesus Cristo, que lhes disse: “Faze-te ao alto mar, e lançai as vossas redes para pescar”. Em um primeiro momento alguns retrucaram, tendo em vista terem passado o dia sem pegar nada, mesmo assim, lançaram-se ao mar e jogaram as redes e colheram uma quantia enorme de peixes que as redes chegaram a se romper (PHILIPPE SILVA, 2017):

O relato bíblico é demonstração de fé e esperança para o crescimento pessoal e espiritual. Todavia, no âmbito do processo penal, a prática do *fishing expedition* medida que extrapola os limites principiológicos das vedações probatórias, fere os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e, se autorizada, pode “romper as redes” conquistadas pelo Estado Democrático de Direito. (PHILIPPE SILVA, 2017 s.p.).

Sendo assim, a *fishing expedition* é uma investigação especulativa não individualizada, sem um objetivo certo ou declarado, que lança suas redes com o intuito o de pescar qualquer elemento probatório, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação preliminar, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros delitos. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de grave afronta das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional (PHILIPPE SILVA, 2017).

Consequentemente, uma criação legislativa implantando a figura da busca genérica, se tornaria uma produção notoriamente inconstitucional no aspecto material, tendo em vista as garantias fundamentais, mesmo que formalmente constitucionais, conforme explica Paulo Bonavides (2005, p.422):

As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de aguardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei

Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estabilidade jurídica e o princípio do Estado social.

Pelo exposto, conclui-se pela impossibilidade da criação do instituto da busca e apreensão genérica, dada a sua inconstitucionalidade, formal e material, e ainda, o risco que representa para a liberdade e a privacidade dos cidadãos, em especial, daqueles que sofrem a estigmatização social por residirem em regiões periféricas das cidades, esquecidos pelo poder público, porém, sempre lembrados pela opressão Estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legalidade se apresenta como essencial não só ao âmbito do processo penal, mas em relação a todo o ordenamento jurídico. Assim, cumprir a risca o que está positivado se torna uma garantia da paz social, do fortalecimento da ordem constitucional e do respeito às instituições estabelecidas.

Nessa esteira, editar uma lei formalizando buscas coletivas em residências se torna uma afronta do ponto de vista material a própria CF, pois vai de encontro a princípios nela garantidos. Tais como, da inviolabilidade do domicílio, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada, da incolumidade física e moral do indivíduo, da proporcionalidade, da individualização da pena, entre outros.

Assim, fica evidente a ilegalidade que se tornaria a construção da diligência do mandado de busca e apreensão na sua forma coletiva, posto que, não se infere adequado burlar mandamentos constitucionais a fim de satisfazer os ideais do Estado, pois este já dispõe de meios suficientes para proporcionar a ordem.

Por mais que existam algumas deficiências e de certa forma dificuldades para o cumprimento de algumas determinações do poder judiciário, cabe ao Estado se equipar de instrumentos adequados e até mesmo de mais força de trabalho humano na busca de cumprir da lei.

Desta feita, não resta dúvidas quanto à ilegalidade da busca e apreensão na modalidade coletiva, devido ao grande lastro de preceitos legais feridos, não se justificando tamanha disparidade, pois a presente realidade brasileira não possibilita o simples abandono de direitos que foram inseridos no ordenamento pátrio após um

longo e demorado esforço de toda a sociedade, em prol de um desejo momentâneo de uma minoria detentora do poder.

Inferese, para tanto, que o Estado deve garantir a prevalência da constitucionalidade dos preceitos originariamente previstos na CF, pois a edição normativa legitimando a busca e apreensão genérica seria uma criação inconstitucional, ferindo diretamente limites materiais classificados como cláusulas pétreas na órbita constitucional.

REFERÊNCIAS

BASTOS PITOMBO, Cleunice. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. ed., São Paulo, RT, 2005. p. 186-187.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1 - 10°. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17° ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal; Recurso em Habeas Corpus; Nº 90.376 RJ**. Relator: Min. CELSO DE MELO; Brasília; 03 de abril de 2007, DJe-018 Divulgação:17-05-2007; Publicação: 18-05-2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=18/05/2007&incidente=2477221&codCapitulo=5&numMateria=23&codMateria=3>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal; Recurso Extraordinário; Nº 603.616 RJ**. Relator: Min. GILMAR MENDES; Brasília; 05 de novembro de 2015, DJe-018 DIVULGAÇÃO 05-11-2015; PUBLICAÇÃO: 10-05-2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=93&dataPublicacaoDj=10/05/2016&incidente=3774503&codCapitulo=5&numMateria=66&codMateria=1>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

CANÁRIO, Pedro. **Consultor Jurídico. Governo estuda projeto de lei para autorizar mandados de busca coletivos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-19/governo-estuda-lei-autorizar-mandados-busca-coletivos>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal** - 6°. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. Formato Digital. Não paginado.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis** – 7° ed., rev., ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Formato digital. Não paginado.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal** – 8°. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 20° ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único - 5° ed., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal** – 13° ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. – 21° ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Érika Mendes de Carvalho. Gisele Mendes de Carvalho. 13°. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3° ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional** - 22.ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional** – 12° ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SANTANA, Juliana Silva Barros de Melo. **Reflexões acerca da restrição de direitos fundamentais por reserva de jurisdição decorrente da colisão de direitos fundamentais**. 2014. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/29908/reflexoes-acerca-da-restricao-de-direitos-fundamentais-por-reserva-de-jurisdicao-decorrente-da-colisao-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

SILVA, Benoni Melo e Silva, **Fishing Expedition. A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação**. Disponível em:
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni. **Curso de direito processual penal**. 13° ed. ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** – 3° volume / 30° ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008.