



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Marisa Rosalino Amante

Rio de Janeiro
2019

MARISA ROSALINO AMANTE

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Marisa Rosalino Amante

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Resumo – o ordenamento brasileiro resguarda o direito à intimidade, ao qual o direito à inviolabilidade domiciliar é correlato. De modo a preservar tal inviolabilidade, é vedada a entrada forçada a domicílio de outrem, salvo em exceções excepcionais, dentre as quais se encontra a existência de autorização judicial. O ordenamento processual penal determina que o instrumento por meio do qual a referida autorização judicial se materializa, o mandado de busca e apreensão, deve obrigatoriamente individualizar o alvo do mandado. Os mandados que não cumprem tal requisito são chamados genéricos. O presente trabalho busca analisar estes mandados sob o prisma do princípio da proporcionalidade, por meio da promoção de exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Direito à intimidade. Inviolabilidade domiciliar. Mandado de busca e apreensão.

Sumário – Introdução. 1. A incompatibilidade entre o mandado de busca e apreensão genérico e o processo penal democrático: uma análise de adequação. 2. Mandado de busca e apreensão genérico e redução de danos nos procedimentos investigativos em áreas periféricas: uma análise de necessidade. 3. Seletividade penal e o mandado de busca e apreensão genérico: uma análise de proporcionalidade em sentido estrito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A requisição, deferimento e cumprimento de mandados de busca e apreensão genéricos tornou-se nos últimos anos uma prática, se não frequente, ao menos recorrente em diversos estados brasileiros.

Trata-se, contudo, de um instituto controverso em sua própria natureza, posto que existe ao arrepio do ordenamento brasileiro, que garante a inviolabilidade domiciliar e, visando resguardá-la, exige a individualização do mandado de busca e apreensão. Não é por outra razão que ricos debates vêm sendo travados acerca da legalidade e mesmo da constitucionalidade do instituto do mandado de busca e apreensão em sua forma genérica.

Em sede de exame judicial, tornou-se comum a análise da matéria pelo viés da ponderação de princípios, e em particular sob o prisma da proporcionalidade. Tendo em vista a referida tendência, o presente trabalho busca analisar a questão pelo mesmo prisma, operando uma análise crítica do instituto do mandado de busca e apreensão genérico sob os

critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro capítulo visa promover a análise da adequação dos mandados de busca e apreensão genéricos. Para tal, em um primeiro momento se fará necessário questionar quais são os fins intrínsecos ao processo penal constitucional, de maneira geral, e aos mandados de busca e apreensão, em particular. Em seguida, será operada a análise da aptidão dos referidos mandados, em sua modalidade genérica, para o alcance dos fins almejados.

O segundo capítulo questionará o preenchimento do quesito necessidade por parte dos mandados de busca e apreensão genéricos, por meio da análise da existência ou inexistência de alternativas adequadas e menos danosas.

O terceiro capítulo, por sua vez, se dedicará à análise da proporcionalidade em sentido estrito no contexto do mandado de busca e apreensão genérico, oportunidade na qual se proporá o questionamento acerca de quais são os titulares dos direitos mitigados e tutelados quando da aplicação do referido instituto. O referido questionamento permitirá, por sua vez, a conformação da análise da proporcionalidade do instituto à luz do fenômeno da seletividade penal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, de modo a mapear a bibliografia pertinente à temática em foco, incluindo legislação, doutrina e jurisprudência nacionais, e explorá-la como embasamento para a tese proposta.

1. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO E O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE DE ADEQUAÇÃO

A ponderação de princípios é mecanismo de descompatibilização de conflitos aparentes de princípios constitucionais. Assim sendo, o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade do mandado de busca e apreensão genérico deve ser precedido, antes de mais nada, pela individualização dos princípios proporcionais que se encerram, no presente contexto, em aparente colisão.

A Constituição da República Federativa do Brasil resguarda a inviolabilidade

domiciliar, nos seguintes termos¹:

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 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

Cuida-se, portanto, de direito do cidadão ver sua residência resguardada de invasões e intromissões, sendo o direito à inviolabilidade oponível tanto em face do Estado, quanto em face de terceiros.

É certo, contudo, que nenhum direito é ilimitado, de modo que mesmo a inviolabilidade domiciliar comporta restrições. Estas restrições, por sua vez, são também delineadas pelo supracitado dispositivo, de modo que a penetração em domicílio alheio é facultada nas hipóteses de consentimento, flagrante delito, desastre, prestação de socorro, e determinação judicial. À esta última hipótese corresponde o instituto do mandado de busca e apreensão.

O referido instituto é sujeito a uma série de parâmetros e limitações, de modo que a ausência destes naturalmente acarretaria na proteção deficiente do direito à inviolabilidade domiciliar. Uma destas limitações é a exigência de individualização do mandado, consolidada no Código Processual Penal brasileiro, nos seguintes termos²:

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 que sofrê-la ou os sinais que a identifiquem [...].

Em que pese a literalidade da lei, muito se argumenta que a obrigatoriedade da individualização dos mandados é um entrave à atividade policial e investigatória. Tal questionamento deu origem à criação jurisprudencial do mandado de busca e apreensão genérico, que dispensa a individualização do mandado, limitando-se a determinar perímetros-alvo, que podem incluir ruas, quarteirões ou mesmo bairros inteiros.

Instaurou-se, nestes termos, uma aparente colisão entre o direito à inviolabilidade domiciliar e o direito à segurança pública, que também possui alçada constitucional, nos

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv_il_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

²Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

termos dos caputs dos artigos 5º e 6º. Pertinente, pois, o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade dos ditos mandados de busca e apreensão genéricos.

A respeito do âmbito de análise intrínseco ao exame de adequação, cita-se Paulo Gustavo Gonet Branco³:

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é 'simplesmente inadequado' (*schlechthin ungeeignet*), 'objetivamente inadequado' (*objektiv ungeeignet*), 'manifestamente inadequado ou desnecessário' (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), 'fundamentalmente inadequado' (*grundsätzlich ungeeignet*), ou 'se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado' (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefoördert werden kann*).

Desta forma, é certo dizer que o exame da adequação de uma medida qualquer guarda uma ligação absoluta com os objetivos por ela pretendidos. Não há possibilidade de averiguar a aptidão de uma medida para assegurar os fins por ela pretendido sem, anteriormente, esparcar quaisquer dúvidas acerca de quais seriam estes fins. Isto posto, torna-se absolutamente impreterível para a análise que ora se propõe, a delimitação correta dos objetivos almejados.

Uma análise prematura da referida delimitação poderia conduzir ao entendimento de que os fins almejados pelo mandado de busca e apreensão seriam aqueles constantes do parágrafo 1º do art. 240 do Código de Processo Penal Brasileiro.

O raciocínio segundo o qual os objetivos do mandado de busca e apreensão são os delineados no dispositivo supracitado conduziria a uma análise de adequação ligada, por excelência, à efetividade das operações de busca e apreensão genéricas, que poderiam ser auferidas pelo sucesso ou fracasso ao efetuar apreensões aptas a deflagrar persecuções penais. Trata-se, contudo, de um entendimento equivocado, posto que não há que se confundir objeto e objetivo.

Ao passo em que o dispositivo supracitado é dedicado a enumerar os objetos da busca e da apreensão, ou seja, os alvos sob os quais estas recairão, estes não guardam qualquer relação com os objetivos, ou fins do referido instituto, que dizem respeito à sua razão de ser como integrante de um harmonioso ordenamento jurídico, consolidado no seio de um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o instituto do mandado de busca e apreensão não existe de maneira isolada, destacado do ordenamento legal. É imperioso que não se confunda o objetivo mediato

³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.

de uma ferramenta investigativa com o seu fim maior, que é a consecução da investigação e da persecução penal em conformidade com o ordenamento. Assim sendo, para delimitar de maneira adequada os fins almejados pelo mandado de busca e apreensão, faz-se necessário questionar quais são os fins do próprio processo penal democrático.

O referido questionamento é de uma complexidade que não pode ser desconsiderada, e remete à mais basilar dicotomia em sede de Direito Processual Penal, qual seja, aquela entre os modelos inquisitório e acusatório.

Sem desnecessárias delongas, pode-se afirmar que a diferença essencial entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório reside na existência ou inexistência de igualdade de armas e oportunidades entre as partes do processo⁴. Em outras palavras, no seio do sistema inquisitório, o jurisdicionado figura primordialmente como sujeito passivo, tal como objeto da atividade jurisdicional, ao passo em que no sistema acusatório este é privilegiado com tratamento igualitário e proteção oferecida por um sistema de garantias.

Em que pese haja alguma divergência doutrinária acerca de qual modelo haveria sido adotado pelo ordenamento brasileiro, é de se notar que o melhor entendimento é no sentido de que o sistema acusatório foi privilegiado pela ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988. Por todos, Eugênio Pacelli⁵, segundo o qual o sistema acusatório é “um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988”. No mesmo sentido é Aury Lopes Jr.⁶, que assim leciona:

[...] o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.

Tem-se, portanto, que o Processo Penal, considerado pela ótica do modelo acusatório, não é instrumento de mera efetivação do poderio punitivo estatal, mas sim de contenção do mesmo. Este não existe para permitir que o Estado constitua o poder punitivo sob a vida dos cidadãos, sendo inegável que o referido poder fora exercitado por inúmeras civilizações humanas muito antes da criação do Estado de Direito, e, portanto, independentemente da existência de qualquer regramento processual.

Destarte, a razão de existir do ordenamento processual penal se deve justamente à conformação deste poder à ordem democrática e, em última instância, ao Estado de Direito.

⁴LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

⁵PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20.

⁶LOPES JR., Aury.; GOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [e-book].

Senão para a delimitação do poderio punitivo estatal e conformação do mesmo à ordem republicana, o Processo Penal não possui qualquer razão de existir.

Neste contexto, todos os institutos processuais do Processo Penal democrático constituem-se em apêndices do devido processo legal, ou seja, instrumentos de garantia de que a investigação e a persecução penal se darão dentro dos limites definidos pela legislação ordinária e, em última instância, pela Constituição Federal. Seguro dizer, portanto, que os institutos processuais tem como fim primordial a guarda do processo penal democrático, qual seja, aquele que se conforma aos limites legais e constitucionais.

Com relação especificamente ao instituto de mandado de busca e apreensão, pode-se considerar, portanto, que o seu fim é o de garantir que a incursão policial na esfera de intimidade dos cidadãos se conformará às exigências legais. Estas exigências legais incluem, e não se limitam, à individualização do alvo do mandado de busca e apreensão, que é expressa nos comandos legais do art. 243, I do Código Processual Penal⁷, e art. 5, XI da Constituição Federal de 1988⁸.

Tem-se, portanto, que a afirmação de que os mandados de busca e apreensão, em sua modalidade genérica, se prestariam ao referido objetivo, qual seja, o de garantir que o poderio estatal seja conformado aos comandos legais, seria uma contradição em termos. Fulminada, portanto, qualquer dúvida acerca da inadequação do referido instituto.

Por derradeiro, não há que se falar que circunstâncias extraordinárias justificam meios extraordinários. Sendo certo que a razão de ser do Processo Penal e seus institutos é a conformação do poder punitivo aos limites legais, é justamente nos momentos em que o ente público se sente mais compelido utilização abusiva do poderio estatal que o caráter democrático do Processo Penal deve ser reforçado. Não cabe afastar as garantias legais e constitucionais em tempos de crise, se justamente para tempos de crise as mesmas foram forjadas.

2. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO E REDUÇÃO DE DANOS NOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS: UMA ANÁLISE DE NECESSIDADE

Antes de dar início à delimitação do âmbito de análise do subprincípio da necessidade, importa esclarecer que, uma vez afastada a adequação de uma medida qualquer, esta não poderá ser considerada necessária perante o direito. Ocorre que apenas uma

⁷BRASIL, op.cit., nota 2.

⁸Idem, op.cit., nota 1.

determinada medida que tenha sido bem sucedida no juízo de adequação pode ser considerada apta ao exame de necessidade.

A este respeito, Paulo Gustavo Gonet Branco⁹:

Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. (...) a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Ressalte-se, portanto, que o exame de necessidade do instituto do mandado de busca e apreensão na forma genérica é aqui operado unicamente de modo a espancar qualquer dúvida acerca de sua desproporcionalidade.

Isto posto, importa agora analisar qual seria o âmbito de análise do subprincípio da necessidade. A este respeito, novamente Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰:

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. 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 adequada e menos onerosa.

O exame de necessidade, portanto, depreende a procura e o reconhecimento de soluções menos custosas para os jurisdicionado, aptas a solucionar a mesma problemática previamente submetida a escrutínio, em sede de exame de adequação.

Quanto à análise de necessidade do instituto do mandado de busca e apreensão genérico, importa considerar a notável extensão dos danos causados. É de se reconhecer que, na hipótese sob análise, a supressão não se limita ao direito à inviolabilidade, materializado no direito à inviolabilidade domiciliar. Ocorre que a inviolabilidade domiciliar é meio para a consecução de diversos outros direitos. A referida inviolabilidade é meio de proteção não apenas da intimidade do indivíduo, mas também de sua segurança e de seu patrimônio. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, por meio da tutela do direito à inviolabilidade domiciliar “busca-se preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, e a sua personalidade”¹¹.

⁹MENDES; BRANCO, op. cit., nota 3.

¹⁰Ibid.

¹¹MENDES; BRANCO, op. cit., nota 3.

Uma vez operada a supressão da inviolabilidade domiciliar, qualquer seja a forma que esta supressão assuma, o jurisdicionado se encontra naturalmente mais fragilizado a diversas violações de direitos. Desta forma, não há que se subestimar a monta da onerosidade imposta ao jurisdicionado que se vê constrangido a se submeter a uma busca domiciliar, por nenhum outro motivo senão o de residir dentro dos limites do perímetro delimitado do mandado.

Nesse ínterim, e de modo a adequadamente apurar a extensão da supressão de direitos sob exame, importa trazer à baila o conceito de “*fishing expedition*”.

Assim ensina Philippe Benoni Melo e Silva¹²:

Trata-se a *fishing expedition* de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional.

Seguro dizer, portanto, que a chamada *fishing expedition* constitui em um expediente investigativo que não se coaduna com as garantias do processo penal democrático, posto que ignorada a exigência legal de individualização do mandado. Trata-se de um atalho ao trabalho investigatório apropriadamente conduzido, uma alternativa que ao mesmo tempo figura como menos trabalhosa para as agências investigativas, e mais danosa para o jurisdicionado.

O mandado de busca e apreensão em modalidade genérica constitui em um perfeito exemplo de instrumento processual de *fishing expedition*, padecendo ambos, portanto, dos mesmos vícios. A este respeito, novamente Philippe Benoni Melo e Silva¹³:

Primeiramente, não se justifica que os órgãos de investigação, antes de tudo, postulem a busca e apreensão para, a partir daí, se investigar a empreitada criminosa (deve-se investigar antes e, se necessário, requisitar a busca e apreensão ao Poder Judiciário). Posteriormente, o deferimento pelo juiz deve ser certo e determinado, indicando *o mais precisamente possível* o objeto, o motivo e os fins da medida. No caso do mandado de busca e apreensão, tanto no requerimento, como no deferimento, se assim agirem os órgãos estatais, estarão (...) cometendo o malfadado *fishing expedition*, pois ingressarão em verdadeira aventura procedimental, na tentativa de pescar algum elemento de prova aleatoriamente, portanto violando os direitos e garantias alcançados pelos cidadãos no âmbito do processo.

É justamente pela aproximação entre os dois institutos sob exame que o argumento

¹²SILVA, Philippe Benoni Melo e. *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: 01 set. 2018.

¹³Ibid.

da necessidade não pode vir a salvaguarda nem de um, nem de outro. Para a constatação da necessidade de uma determinada medida é impreterível afastar a viabilidade de qualquer outra alternativa menos danosa. Na medida em que a *fishing expedition* se apresenta como atalho a uma investigação mais detalhista, é justamente esta investigação que constitui na alternativa menos danosa, ora ignorada pelas instâncias investigativas.

É basilar, no processo penal democrático, que os jurisdicionados não se vejam compelidos a abrir mão de seus direitos e garantias para a mera conveniência das instâncias investigativas, em contextos nos quais a investigação prévia seria suficiente para preservar a inviolabilidade domiciliar de muitos.

Em que pese tal raciocínio, é de se reconhecer como comum o argumento no sentido de que a mera investigação prévia bem conduzida não seria capaz de afastar a necessidade da busca e apreensão genérica, uma vez que algumas localidades periféricas não possuem endereço oficial. Tal afirmação parte da premissa que, se não há endereço, a individualização se tornaria inviável, e restaria configurada a necessidade da medida, ante a inexistência de alternativa menos danosa.

O referido argumento não merece, contudo, prosperar. Este parte de uma premissa equivocada, qual seja, a de que a existência de endereço oficial impossibilita a individualização. É de se considerar, antes de mais nada, que a lei processual não vincula a individualização a nenhum formato específico, como por exemplo o endereço oficial. Desta forma, é amplamente possível a exploração de toda sorte de alternativas que possam facilitar ou mesmo possibilitar a identificação do local, quando inexistente endereço oficial.

Algumas soluções precárias, mas certamente eficazes, podem incluir a individualização por meio de fotografia, ou mesmo por meio de endereços extraoficiais que sejam amplamente reconhecidos na região em que o domicílio é inserido. As instâncias jurisdicionais não se encontram, contudo, limitadas a soluções improvisadas, podendo lançar mão de recursos tecnológicos amplamente viáveis para a individualização do domicílio. Tais como o sistema de posicionamento global, mais conhecido pela sigla GPS.

É de se destacar, portanto, que o critério necessidade não deve jamais ser confundido com mera conveniência. Não deve se cogitar, portanto, em um Estado Democrático de Direito, onerar excessivamente jurisdicionados em privilégio do que figurar como mais conveniente para a administração.

Cumprido destacar, por derradeiro, que obstáculos à investigação ou à individualização dos locais de atividade criminosa sempre existirão. Não há que se concluir, no entanto, que estes conduzem automaticamente à necessidade de alternativas extremadas e que não possuem

arcabouço legal ou constitucional.

3. SELETIVIDADE PENAL E O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO: UMA ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A respeito do exame de proporcionalidade em sentido estrito, assim leciona Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴:

[...] 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 (proporcionalidade em sentido estrito). (...) A proporcionalidade em sentido estrito assumiria assim, o papel de um controle de sintonia fina (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

É de se notar, portanto, que o exame da proporcionalidade em sentido estrito abarca um juízo de custo e benefício entre o impacto sofrido pelo atingido e o ganho social da medida. Depreende-se, portanto, que o atingido pela medida concentra em si o mais importante parâmetro para a aferição da proporcionalidade em sentido estrito. Pertinente, portanto, uma observação mais detida com relação a quem é o atingido pelos mandados de busca e apreensão genéricos.

Em outras palavras, em se tratando de colisão aparente entre o direito à inviolabilidade domiciliar e o direito à segurança, tal como tratado anteriormente, é pertinente questionar quais são os titulares dos direitos suprimidos, e quais são os titulares dos direitos resguardados por meio da emissão de mandados de busca e apreensão genéricos.

É notório o fato de que regiões urbanas periféricas sejam as mais visadas pelos referidos mandados. À guisa de exemplo, apenas no estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2010 e 2017, foram executados mandados de busca e apreensão coletivos nas comunidades de Cidade de Deus¹⁵, Jacarezinho, Mangueiras, Mandela, Bandeira 2¹⁶, e Complexos do Alemão, da Penha¹⁷ e da Maré¹⁸, entre outras. Isto é, o atingido pelo mandado de busca e

¹⁴MENDES; BRANCO, op. cit., nota 3.

¹⁵CONJUR. *Juíza do RJ autoriza busca e apreensão coletiva na Cidade de Deus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁶O GLOBO. *Justiça suspende mandado coletivo de busca e apreensão no Jacarezinho*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/justica-suspende-mandado-coletivo-de-busca-apreensao-no-jacarezinho-21747205>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁷VEJA. *Justiça suspende mandado de busca e apreensão no Alemão*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/justica-suspende-mandado-de-busca-e-apreensao-no-alemao/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁸EXTRA. *Justiça expede mandado coletivo e polícia pode fazer buscas em todas as casas do Parque União e*

apreensão genérico, em um número considerável de ocasiões, possui um perfil específico, delineado pela marginalidade social.

A este respeito, Aury Lopes Jr¹⁹:

Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, 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. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da casa (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas... e quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os "outros", ou, ainda, a multidão de invisíveis.

A teoria da seletividade penal tampouco falha em oferecer explicações para o referido fenômeno. A este respeito, Nilo Batista²⁰:

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. (...) As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção da criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário. (...) a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo.

No mais, a referida seletividade necessitaria de um critério específico para se materializar. A respeito destes critérios, leciona Nilo Batista²¹:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes[...]

A construção social dos referidos estereótipos, de acordo com o autor, estaria

da Nova Holanda. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivopolicia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html>>.

Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁹LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 731.

²⁰BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 43.

²¹Ibid, p.47.

intrinsecamente relacionada a um processo de criminalização da pobreza, motivado pela agenda não oficial do sistema penal. A respeito desta última, ensina Juarez Cirino dos Santos²²:

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação de riqueza material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho (...) o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e circulação de riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) - , assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre a outra.

As referidas teorias consistem na explicação oferecida pela criminologia crítica e pela teoria crítica do Direito Penal para a prevalência de cidadãos pobres nos contextos hiperpolicização, de uma maneira geral, e nos presídios, de maneira específica. Se aplicadas à análise dos mandados de busca e apreensão genéricos, as referidas teorias conduzem à conclusão de que localidades periféricas são mais alvejadas pelos referidos mandados em decorrência da seletividade inerente ao fenômeno de criminalização secundária, moldado pelos estereótipos associados à agenda não-oficial do sistema penal.

É possível afirmar, ainda, que da mesma forma que o ônus dos mandados de busca e apreensão genéricos é distribuído de maneira seletiva, o mesmo ocorre com os frutos positivos do referido instrumento. Decerto, o zelo pela segurança pública beneficia todo o corpo social. Contudo, apenas para as regiões periféricas essa segurança pública tomará forma de operações policiais ostensivas, que não raro produzem trocas de tiros em regiões de altíssima densidade populacional. Cuida-se, portanto, de seletividade esta que ocorre ao arrepio da ordem constitucional, sendo mister o seu enfrentamento pelas vias judiciais.

Cuida-se, portanto, do risco de constituir verdadeiros territórios de exceção, onde mecanismos autoritários que não encontram respaldo no ordenamento legal encontram lugar independentemente da suspensão da ordem constitucional em uma escala nacional. O território de exceção, conforme os ensinamentos de Giorgio Agamben²³, constitui em um espaço territorial que encontra-se simultaneamente inserido na área de incidência de um determinado ordenamento jurídico, mas dentro do qual a ordem jurídica encontra-se temporalmente suspensa. O pretexto para a referida suspensão é o de que uma situação factícia extraordinária é apta a legitimar a adoção de medidas igualmente extraordinárias.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

²³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, Coleção Estado de Sítio, 2004, p.49.

A este respeito, pertinentes os ensinamentos de Giorgio Agamben²⁴:

Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia (virtual) no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.

Mister reafirmar, portanto, que a formação de territórios de exceção é terminantemente vedada pela ordem constitucional, sob o prisma dos princípios da igualdade, da legalidade e da dignidade da pessoa humana. Não há que se tratar com naturalidade, portanto, que determinadas regiões sejam seletivamente brindadas com mecanismos investigativos e de persecução penal que extrapolam os limites postos pelo ordenamento pátrio.

Desta feita, é essencial que a comunidade jurídica se preste a conduzir de maneira não seletiva a ponderação entre o impacto do mandado de busca e apreensão genérico para o ofendido e o benefício da medida para o corpo social. Em outras palavras, nenhuma medida judicial que seria considerada inaceitável em localidades nobres ou de classe média deve ser considerada aceitável em comunidades periféricas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou colaborar para a abordagem crítica do instituto do mandado de busca e apreensão genérico. Para tal, buscou-se elucidar brevemente os fundamentos de inadequação, desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito do referido instituto jurídico.

Constatou-se, inicialmente, que a inadequação do mesmo resulta de sua intrínseca incompatibilidade com o fim primordial do processo penal democrático, que é o de contenção do poder punitivo às limitações legais e constitucionais. Verificou-se, portanto, a inaptidão do mandado de busca e apreensão na modalidade genérica para alcançar os fins do referido instituto.

De igual modo, a desnecessidade do mesmo resulta da vedação legal à modalidade de *fishing expedition*, e na existência de alternativa menos danosa ao jurisdicionado, que

²⁴ Ibid.

constitui em um trabalho investigativo minucioso e na utilização de formas alternativas de individualização de domicílios alvo de mandados, incluindo, mas não limitando-se, à exploração de possibilidades em novas tecnologias.

Por fim, a a desproporcionalidade em sentido estrito do referido instituto é evidenciada à luz da teoria da seletividade penal, sendo certo que, em uma interpretação não seletiva, os ganhos do corpo social não compensam os prejuízos dos atingidos pela referida medida.

É de se concluir, portanto, que mesmo o mais completo caos em matéria de segurança pública não deve se sobrepôr às garantias legais e constitucionais, pois somente a estrita observância às mesmas é capaz de legitimar o exercício regular do poder punitivo. Destarte, apenas o poder punitivo legitimado pela mais afinada ordem constitucional pode ser considerado capaz de alcançar a tão almejada paz social.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, Coleção Estado de Sítio, 2004.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; GOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. *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: 01 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.